

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

FRANCIELE PEREIRA DO NASCIMENTO

**(DES)IGUALDADE RACIAL NO BRASIL:
O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO NAS RELAÇÕES RACIAIS**

**CURITIBA
2011**

FRANCIELE PEREIRA DO NASCIMENTO

**(DES)IGUALDADE RACIAL NO BRASIL:
O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO NAS RELAÇÕES RACIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, realizada sob a orientação da Professora Doutora Vera Karam de Chueiri.

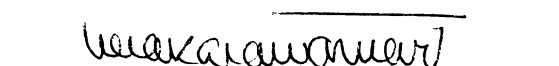
CURITIBA
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

FRANCIELE PEREIRA DO NASCIMENTO

(DES)IGUALDADE RACIAL NO BRASIL: O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO NAS RELAÇÕES RACIAIS

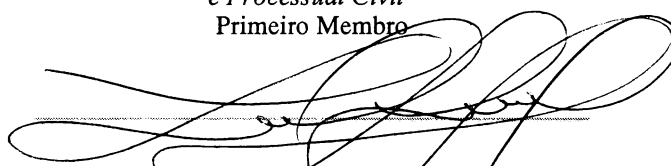
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



VERA KARAM DE CHUEIRI
Orientador



ANA CARLA HARMATIUK MATOS - *Direito Civil
e Processual Civil*
Primeiro Membro



LEANDRO FRANKLIN GORSDORF
Segundo Membro



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

**Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **FRANCIELE PEREIRA
DO NASCIMENTO****

Ao primeiro dia do mês de dezembro do ano de 2011, às 11:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) FRANCIELE PEREIRA DO NASCIMENTO, sobre o tema, “(DES) IGUALDADE RACIAL NO BRASIL: O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO NAS RELAÇÕES RACIAIS”. A Comissão constituída pelos Senhores Professores, VERA KARAM DE CHUEIRI, (Orientador), ANA CARLA HARMATIUK MATOS - Direito Civil e Processual Civil e LEANDRO FRANKLIN GORS DORF, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0 , 10,0 e 10,0 ; perfazendo a média igual a 10,0.

Obs.:

Curitiba - PR, 01 de dezembro de 2011.

VERA KARAM DE CHUEIRI

ANA CARLA HARMATIUK MATOS -
Direito Civil e Processual Civil

LEANDRO FRANKLIN GORS DORF

Dedico este trabalho a todos os homens e mulheres negros, que resistiram e resistem, lutando para alcançar a felicidade, pois “a felicidade do negro é uma felicidade guerreira.”

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Maria do Carmo, cujos esforços e abnegação permitiram que eu alcançasse o tão sonhado e elitizado Ensino Superior. Serei eternamente grata pela sua compreensão e infinita dedicação.

À minha irmã, Glaucia Nascimento, pela paciência e incentivo em todos os momentos da vida. Pelo silêncio e pelo lanche afetuosamente preparado enquanto eu estudava.

Ao Filipe Monteiro pelo amor e cumplicidade. Pela felicidade de estarmos juntos e dividirmos “os sonhos que podem transformar o rumo da História”.

Aos companheiros de movimento estudantil, especialmente aos camaradas do Partido Acadêmico Renovador, o qual foi de essencial importância na minha formação política e pessoal, fazendo-me perceber no Direito um instrumento de resistência, de luta e, quiçá, de transformação.

À Caroline Franco, amiga e companheira de militância, pelas boas discussões e por me servir de exemplo.

À Josiane Ferraz, Jorge Marques e Eduardo Navarro pelo companheirismo no decorrer do curso e ao longo da vida sempre permeada por questões raciais.

Aos amigos Joelma Alvarenga, Hideki Deguti, Jucenara Soares e Vanderlei Zarnicinski por me servirem de espelho e por dividirem comigo suas experiências com tanta humildade.

Ao Felipe Folly por ouvir meus desabafos e me animar nos momentos de pessimismo, sempre com um sorriso no rosto e esperança no olhar.

Ao Cássio Leite por todas as conversas, gargalhadas e pela amizade sincera nestes anos de faculdade.

Ao Felipe Souza pela parceria e pela amizade de tantos anos, pelo apoio e entusiasmo de sempre.

Aos militantes e pesquisadores negros (ou brancos de alma negra) que sempre me serviram de inspiração e de orgulho, entre os quais cito: Dora Lucia Bertúlio, Marcilene Souza, José Marçal, Camila Novato, Thais Souza e especialmente Thiago Hoshino, o qual contribuiu decisivamente na elaboração desse trabalho com materiais e muitos risos.

À professora Vera Karam por me mostrar que “o Direito não é só lei” e me fazer ver que o universo jurídico podia ser muito mais interessante do que aquilo eu até então conhecia. Obrigada pela atenção e pelo carinho.

À Jane do Rocio, servidora na verdadeira acepção da palavra, sem a qual minha estada nesta Universidade teria sido muito mais complicada.

Ao Universo que sempre conspirou para que as coisas dessem certo, mesmo quando parecia impossível que isso acontecesse. Agradeço pelo direito à vida, tentando ao máximo fazê-la sempre valer à pena!

(...)

Era um sonho dantesco... o tombadilho
Que das luzernas avermelha o brilho.
Em sangue a se banhar.
Tinir de ferros... estalar de açoite...
Legiões de homens negros como a noite,
Horrendos a dançar...

Negras mulheres, suspendendo às tetas
Magras crianças, cujas bocas pretas
Rega o sangue das mães:
Outras moças, mas nuas e espantadas,
No turbilhão de espectros arrastadas,
Em ânsia e mágoa vãs!

E ri-se a orquestra irônica, estridente...
E da ronda fantástica a serpente
Faz doudasespirais...
Se o velho arqueja, se no chão resvala,
Ouvem-se gritos... o chicote estala.
E voam mais e mais...

Presas nos elos de uma só cadeia,
A multidão faminta cambaleia,
E chora e dança ali!
Um de raiva delira, outro enlouquece,
Outro, que martírios embrutece,
Cantando, geme e ri!

No entanto o capitão manda a manobra,
E após fitando o céu que se desdobra,
Tão puro sobre o mar,
Diz do fumo entre os densos nevoeiros:
"Vibrai rijo o chicote, marinheiros!
Fazei-os mais dançar!..."

E ri-se a orquestra irônica, estridente...
E da ronda fantástica a serpente
Faz doudas espirais...
Qual um sonho dantesco as sombras voam!...
Gritos, ais, maldições, preces ressoam!
E ri-se Satanás!...

(...)

(Castro Alves, *Navio Negreiro*)

RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade discutir a igualdade racial no contexto do constitucionalismo brasileiro, seus elementos caracterizados e suas consequências no panorama sócio-racial do país. Para tanto, problematizamos as concepções de raça, racismo, preconceito e discriminação, apresentando como o tema é tratado academicamente, bem como os dados estatísticos que demonstram em qual medida estas categorias teóricas se refletem na desigualdade racial do nosso país. Tomando por base marcos teóricos como Ronald Dworkin e Robert Alexy, buscamos trazer reflexões sobre o princípio da igualdade, sua inserção no constitucionalismo contemporâneo e seu papel no Estado Democrático de Direito. Ainda, nos dedicamos ao estudo da legislação que regulou as relações raciais no Brasil e à compreensão da abrangência do princípio da igualdade na Constituição de 1988, verificando sua conformação com o modelo constitucional do Brasil e as consequências de sua adoção. Por fim, abordamos a atuação do Direito na exclusão e na inclusão racial a partir das atribuições definidas constitucionalmente e examinamos o Estatuto da Igualdade Racial, aferindo a sua conformação com o projeto constitucional brasileiro, bem como trazendo demandas concretas atinentes à temática das relações raciais que chegam à apreciação do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Igualdade Racial - Raça – Direito - Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

Resumo.....	vii
INTRODUÇÃO.....	p. 1
Capítulo I - O CONCEITO DE RAÇA E SUAS IMPLICAÇÕES.....	p. 5
1.1 Raça e racismo.....	p. 5
1.2 Preconceito e discriminação.....	p. 10
1.3 Política do branqueamento e o mito da democracia racial.....	p. 12
1.4 Relações raciais e estrutura de classe.....	p. 14
1.5 Desigualdade racial.....	p. 16
Capítulo II - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	p. 20
2.1 Os princípios no Direito: Dworkin e Alexy.....	p. 20
2.2 O princípio da igualdade no constitucionalismo brasileiro e seu protagonismo no Estado Democrático/Constitucional de Direito.....	p. 24
Capítulo III – A (DES)IGUALDADE RACIAL E O DIREITO.....	p. 33
3.1 O papel do Direito no regime escravista brasileiro.....	p. 33
3.2 O Direito na exclusão racial.....	p. 37
3.3 O Direito na inclusão racial.....	p. 39
3.3.1 O Estatuto da Igualdade Racial.....	p. 44
3.4 Casos concretos.....	p. 45
3.4.1 A criminalização do racismo.....	p. 46
3.4.2 Ações afirmativas no ensino superior.....	p. 49

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	p. 53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	p. 55

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por finalidade discutir a igualdade racial no contexto do constitucionalismo brasileiro, seus elementos caracterizados e suas consequências no panorama sócio-racial do país.

Primordiais, no entanto, são algumas considerações a fim de cientificar o leitor das bases sobre a qual se consolidou o presente estudo, as quais certamente o influenciaram desde a escolha da bibliografia de apoio até a redação e as conclusões alcançadas.

A primeira ressalva que se faz necessária constar é de que entendemos que o pesquisador não é - e não deve pretender ser - um indivíduo desconectado do contexto social no qual acontece sua pesquisa. Compreendemos como enriquecedor para o trabalho – se não fundamental – que aquele que realiza pesquisa tenha contato direto com o objeto sobre o qual pretende se aprofundar. Assim, destacamos que foram essenciais as experiências obtidas no cotidiano da autora a qual é negra e convive na prática com diversas das categorias que aqui se estuda teoricamente.

Assim - partindo da crença de que a neutralidade científica é um mito¹ - a discussão que aqui se propõe parte da perspectiva do negro, a fim de não deixar envolver-se pelo absenteísmo científico sobre o qual fala Clóvis Moura: “o absenteísmo científico transforma-se em indiferença pelos valores humanos em conflito. E com isto o negro é transformado em simples objeto de laboratório.”²

¹ Esclarecemos que aqui “mito” da neutralidade científica “significa a noção hegemônica de que a ciência deve ser pura (ou neutra) e que o cientista deve assumir uma postura nula diante de seus pré-conceitos e condicionamentos históricos para fins de aferir o melhor conhecimento possível. Assim, “mito” da neutralidade científica tem historicamente servido à manutenção do poder de uma classe social sobre outra, daí concluir-se que, muito embora fruto de competentes exercícios teóricos, é muito pouco provável que tenha tido origem na boa-fé dos homens”, conforme o trabalho Marcelo Ribeiro Uchôa intitulado “O mito da neutralidade e o papel da ideologia na ciência do direito” apresentado perante a cadeira de “Epistemologia Jurídica do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. p. 7-8. Disponível em www.gomeseuchoa.adv.br. Acesso em 23/07/2011.

² MOURA, Clóvis. **Sociologia do negro brasileiro**: série fundamentos, v. 34. São Paulo: Editora Ática, 1988, p. 11.

Outro alerta importante ao leitor é que partimos do pressuposto que a desigualdade racial em nosso país é fruto da formação histórica. Sem negar a relevância do referido tema, o presente trabalho não se propõe a fazer um resgate histórico das relações raciais no Brasil. Entendemos que, mais importante que levantar as razões sociológicas e históricas que consolidaram o panorama sócio-racial posto, é entender a função específica do Direito nesta construção e procurar resolver os problemas atuais acerca da desigualdade racial por meio do Direito Constitucional - prisma a partir do qual fundamentaremos as propostas aqui levantadas.

Deste modo, o trabalho ora apresentado se pretende multidisciplinar, no entanto, os fatos históricos e sociais relatados não serão aprofundados ou esmiuçados como seriam com mais propriedade em uma pesquisa realizada no campo da História do Direito ou da Sociologia Jurídica, haja vista que este não é o foco do presente estudo e que há pouco espaço para desenvolvimento do tema.

Não obstante, fato é que os negros, africanos ou descendentes, sofrem até a presente data muitas consequências da chamada diáspora negra ou africana³, que provocou a estagnação da população negra da África de 1400 a 1900. Como afirma CHIAVENATO:

Estima-se que 100 milhões de africanos desapareceram em decorrência das guerras internas provocadas pelos traficantes negros, que estimularam as capturas de inimigos tribais para serem vendidos como escravos, e também devido à violenta invasão colonizadora dos europeus. Muitos negros morreram na escravidão e boa parte simplesmente nem chegou a nascer.⁴

Sobre este extermínio, o autor explica:

Não houve genocídio maior na história da humanidade – incluídos aí os fornos crematórios do nazismo -, e o escudo ideológico adotado para justificar esse massacre foi a “inferioridade racial do negro”.⁵

³ É denominado Diáspora Africana o fenômeno sociocultural e histórico que aconteceu nos países africanos devido a imigração forçada da população africana a países que tinham como características a existência da mão de obra escrava. Isso se deu no início da Idade Moderna e teve uma grande duração até o final do século XVIII. Esse termo foi elaborado por historiadores que estudam o tema, movimentos civis e descendência de ex escravos recentes. In: RODRIGUES, Pedro Augusto Rezende. **Diáspora africana**. Disponível em <http://www.infoescola.com/historia/diaspora-africana>. Acesso em 04/10/2011.

⁴ CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil: da senzala à abolição**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 24

⁵ Ibidem.

Nesta esteira, durante a colonização do Brasil, a utilização de mão-de-obra indígena foi deixada de lado e a africana foi preferida, haja vista que esta era mais vantajosa, trazendo lucros para a Coroa, para a Igreja e para os traficantes de duas formas: garantia alta produtividade agrícola - sem qualquer gasto com o pagamento de salários - e ganhos muitos elevados com o tráfico negreiro transatlântico.

Assim, foram cometidas muitas atrocidades durante o regime escravista brasileiro, tendo três fatores principais como fortes alicerces: a crença na inferioridade do negro (o qual não seria dotado de inteligência), o apoio da Igreja católica⁶ e a legislação escravocrata vigente à época. Alicerces reforçados pela elaboração de teorias racistas que legitimaram e justificaram duas instituições: a escravidão e a colonização.⁷

Desde o início da utilização de africanos como escravos no Brasil, a porcentagem da população negra⁸ superou a branca em muitos momentos da história do país. Hoje a população negra compõe em torno de 50% da população total brasileira e o Brasil é segundo país em população negra do mundo, atrás somente da Nigéria, contendo a maior população negra fora do continente africano.⁹

Contudo, devido ao déficit histórico do Estado brasileiro para com esta população, a expressiva representatividade numérica não se reflete proporcionalmente nos diferentes setores sociais. Nos ditos setores privilegiados e de expressão política, particularmente, a presença negra é quase nula, como ficará mais bem explicado na presente pesquisa.

Para tanto, no primeiro capítulo, problematizaremos as concepções de raça, racismo, preconceito e discriminação, apresentando como o tema é tratado academicamente, bem como os dados estatísticos que demonstram em qual medida estas categorias teóricas se refletem na realidade sócio-racial do nosso país.

⁶ Segundo os historiadores, muitos padres além de propagarem a idéia de que o negro nascera para ser escravo eram frios proprietários.

⁷ MUNANGA, Kabengele. **Negritude: Usos e Sentidos**, 2ª edição. São Paulo: Ática, 1986. p.19.

⁸ Quando nos referimos à população negra ou afro-descendente no Brasil, estamos considerando o conjunto das populações parda e preta declaradas nas PNAD (Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio) realizada anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Nos termos do art. 1º, inciso IV, do Estatuto da Igualdade Racial, população negra é o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pelo IBGE ou que adotam autodefinição análoga.

⁹ HENRIQUES. Ricardo. **Desigualdade racial no Brasil: Evolução das condições de vida na década de 90**. Rio de Janeiro: IPEA, 2001, p. 4.

No segundo capítulo traremos reflexões sobre o princípio da igualdade, sua inserção no constitucionalismo contemporâneo e seu papel no Estado Constitucional/Democrático de Direito.

Por fim, no terceiro capítulo nos dedicamos ao estudo da legislação que regulou as relações raciais no Brasil e à compreensão da abrangência do princípio da igualdade na Constituição de 1988, verificando sua conformação com o modelo constitucional do Brasil e as consequências de sua adoção. Neste capítulo também abordaremos a atuação do Direito na exclusão e na inclusão racial a partir das atribuições definidas constitucionalmente. Examinaremos ainda o Estatuto da Igualdade Racial, aferindo a sua conformação com o projeto constitucional brasileiro, bem como traremos exemplos de demandas concretas atinentes a temática das relações raciais que chegam à apreciação do Poder Judiciário.

I - O CONCEITO DE RAÇA E SUAS IMPLICAÇÕES

"Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar."
Nelson Mandela

No presente capítulo temos por finalidade abordar as idéias de raça, racismo, preconceito e discriminação, bem como as relações raciais na sociedade de classes, discutindo seus desdobramentos e implicações na desigualdade racial entre negros e brancos, confirmada através dos indicadores sociais do nosso país.

1.1 Raça e racismo

Os percalços na discussão do tema da igualdade racial se iniciam na tentativa de localizar o significado do termo raça, do qual derivam outros como racial, racista, racismo. A palavra raça pode assumir diferentes acepções, o que contribui para a polêmica sobre o tema.

O primeiro registro que se tem conhecimento da palavra “raça” sendo utilizada para a divisão dos seres humanos em espécies foi feito por François Bernier em artigo publicado em Paris no ano de 1684. O autor diz ter encontrado quatro ou cinco espécies de seres humanos, sendo que uma delas seria a “negra”, a qual habitava toda a África, exceto o Cabo da Boa Esperança.¹⁰

Sobre as metamorfoses pelas quais passou o termo raça, explica Marcilene Souza:

O conceito de “raça” aparece primeiramente como sentimento de linhagem e depois como categoria física, ou seja, no século XIX o termo raça passa a ser considerado uma qualidade física inerente. Acontece uma mudança na palavra “raça”. Os povos passaram a ser vistos como biologicamente diferentes, envolvendo questões políticas

¹⁰ GUIMARÃES. Antonio Sergio A., **Preconceito Racial: modos, temas e tempos**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Cortez, 2008. p. 17.

e ideológicas para justificar a colonização europeia. O termo *raça* era substituído por *tipo físico* porque era melhor opção justamente por não estar ligada às classificações da Zoologia. Após a racialização do Ocidente, vários sucessores darwinistas trataram de racializar o mundo com teorias de vários autores que visavam provar a inferioridade do negro em relação ao branco.¹¹

Assim, o significado da palavra *raça* foi se modificando ao longo do tempo, mas conservou o escopo de comprovar a inferioridade dos indivíduos negros.

As teorias raciais sempre reproduziram preconceitos vulgares ou os refinaram, buscando uma explicação pseudocientífica para a dominação política, a exploração econômica e os sentimentos etnocentristas e classistas dos poderosos.¹²

Destarte, as práticas racistas sempre foram baseadas em *discursos pseudojustificativos*. Tendo por pressuposto que o ser branco representava a condição humana normativa, buscou-se encontrar uma explicação científica para o ser negro.¹³

Buscando tal explicação, surgiram as mais diversas teorias sobre o negro. Essas teorias cogitavam um amplo leque de explicações “científicas” para o negro e afirmavam, entre outras coisas, que este seria o branco degenerado, que as causas da pigmentação escura da pele estariam no clima tropical ou na natureza do solo e na alimentação, no ar e na água africanos.¹⁴

Uma das teorias mais aceitas parte de uma fundamentação de ordem religiosa, como explica Antonio Guimarães:

Cã, filho de Noé, ao ver o pai embriagado e nu, zomba de sua nudez. O pai, ao saber do acontecido amaldiçoa-o, dizendo que ele e seus descendentes seriam “os serventes dos serventes” de seus irmãos. Esta história, que justifica a servidão de alguns povos, mas não a cor dos escravizados, se altera nos séculos XVI e XVII para incluir passagens que se referem aos negros como descendentes de Cã.¹⁵

¹¹ SOUZA, MARCILENE GARCIA DE. **Ações Afirmativas e Inclusão de Negros por “Cotas Raciais” nos Serviços Públicos do Paraná**. Tese de Doutorado apresentada perante a UNESP. Araraquara, 2010. f. 71.

¹² GUIMARÃES. Antonio Sergio A., **Preconceito Racial: modos, temas e tempos**. Obra citada, p. 21.

¹³ MUNANGA, Kabengele. **Negritude: Usos e Sentidos**. Obra Citada, p.14.

¹⁴ Idem, p.15.

¹⁵ GUIMARÃES. Antonio Sergio A., **Preconceito Racial: modos, temas e tempos**. Obra Citada, p. 16.

Nesta linha, na simbologia de cores da civilização europeia, reforçada pela Igreja Católica, a cor preta representou o mal, a morte e o pecado, enquanto a branca remete à vida e à pureza.¹⁶

As idéias racistas do século XVI e XVII foram consolidadas por grandes pensadores iluministas do século XVIII. A título de exemplo citamos Montesquieu e sua obra clássica *O Espírito das Leis*:

Temos, então, mais vigor nos climas frios. A ação do coração e a reação das extremidades das fibras são mais bem feitas, os líquidos estão em melhor equilíbrio, o sangue é mais determinada em direção ao coração e, reciprocamente, o coração tem mais potência. Esta força maior deve produzir muitos efeitos: por exemplo, mais confiança em si mesmo, ou seja, mais coragem; mais conhecimento de sua superioridade, ou seja, menor desejo de vingança; melhor opinião sobre sua segurança, ou seja, mais franqueza, menos suspeitas, política e astúcia. Enfim, isto deve formar caracteres bem diferentes.¹⁷

Na primeira metade do século XIX, duas correntes de pensamento influenciaram a atitude perante os povos não-europeus, conforme expõe Kabengele Munanga:

A primeira, evolucionista, explicava as diferentes culturas, baseando-se no predomínio exercido pelo meio ambiente. Afirmava, igualmente, que esses povos deviam seguir, com a ajuda do tempo, o itinerário feito pela Europa. A segunda, racista, pensava no destino dos homens determinado pela raça à qual pertenciam. Apoiava-se na não essencialmente na ecologia, como a primeira, e sim na biologia.¹⁸

Insta destacar que apesar de ambas procurarem fundamentação na ciência natural tinham os mesmos objetivos políticos. As idéias racistas saíram do campo teórico e foram colocadas em prática e incorporadas no imaginário e no cotidiano da sociedade europeia e posteriormente da brasileira que estava em formação, dividindo os seres humanos basicamente em três cores: branca (europeus e seus descendentes); negra (africanos e seus descendentes) e amarela (asiáticos e seus descendentes).

¹⁶ MUNANGA, Kabengele. **Negritude**: Usos e Sentidos. Obra citada, p.15.

¹⁷ MONTESQUIEU. "Do Espírito das Leis", Vol. I. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (1ª edição em 1748). p. 278.

¹⁸ MUNANGA, Kabengele. **Negritude**: Usos e Sentidos. Obra Citada, p.19.

Em 1897, acontece a primeira teorização acerca da “raça negra” sem aceção totalmente biológica. W. E. B. DuBois, discorreu sobre o tema, afirmando a predominância de traços espirituais e culturais sobre os físicos na definição das “raças humanas”.¹⁹

Neste caminhar, o conceito de raça adquiriu outra conotação no início do século XX, a partir de uma sobreposição da antropologia ao evolucionismo. Por meio do exame antropológico, classificaram-se os africanos como inferiores, porque suas culturas seriam atrasadas, face à cultura ocidental tomada como padrão.²⁰

Contemporaneamente, entende-se que não há raças biológicas. Nesta esteira nos alinhamos ao entendimento de que o termo raça é um *construto social* e entendemos que esta categoria tem implicações sociais e políticas em sociedades multiculturais como a brasileira.²¹

Portanto, defendemos que raça não existe enquanto conceito biológico, mas sim político, social e cultural, sendo, destarte, variável de sociedade para sociedade. Por isso, não obstante a inexistência de raças biológicas e de hierarquia genética entre as raças, existe racismo.

Neste trabalho adotamos a interpretação de Sandra da Silveira, para quem “o racismo é uma ideologia que defende a hierarquia entre grupos humanos.”²² Em outras palavras, racismo pode ser conceituado como “sistema (conjunto de idéias e práticas, pessoais e coletivas, de pequeno e longo alcance) que afirma a superioridade racial de um grupo sobre outros e tem por finalidade segregar as raças consideradas inferiores.”²³

¹⁹ GUIMARÃES, Antonio Sergio A., **Preconceito Racial: modos, temas e tempos**. Obra Citada, p. 30.

²⁰ BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Dissertação de mestrado. Florianópolis: UFSC, 1989, f. 8.

²¹ MARÇAL, José Antonio. **Política de Ação Afirmativa no Ensino Superior: possibilidade e desafios para a superação da racismo institucionalizado no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2011, f. 18.

²² SILVEIRA, Sandra B. Moraes da. In: **A Contribuição do Legislativo em Defesa da Igualdade Racial**. Seminário da Ouvidoria Parlamentar e da Frente Parlamentar em Defesa da Igualdade Racial, 2004, Brasília. p. 31.

²³ SANTOS, José Rufino dos. **O que é Racismo**, 9ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p 10.

O racismo assume idiossincrasias em cada sociedade, uma vez que os critérios pelos quais as raças são percebidas mudam de sociedade para sociedade e, até mesmo, de época para época.²⁴

No Brasil, diferentemente de países como os Estados Unidos, a classificação racial não é fundamentada na origem ou na descendência do indivíduo. Em nosso país, o que se costuma chamar de raça (negra, branca, amarela, caucasiana, etc.) é um conjunto de peculiaridades fenotípicas e o racismo é baseado em características físicas pessoais.

Estas características trazem com elas toda uma carga histórica no caso dos negros, como argumenta Rita Segato:

(...) ser negro significa exhibir os traços que *lembram e remetem* à derrota histórica dos povos africanos perante os exércitos coloniais e sua posterior escravização. De modo que alguém pode ser negro e não fazer diretamente parte dessa história – isto é, não ser descendente de ancestrais apreendidos e escravizados –, mas o *significante negro* que exhibe será sumariamente lido *no contexto dessa história*.²⁵ (grifos no original)

Sobre o tema continua a autora:

Num país como o Brasil, quando as pessoas ingressam a um espaço publicamente compartilhado, classificam primeiro – imediatamente depois da leitura de gênero binariamente, os excluídos e os incluídos, lançando mão de um conjunto de vários indicadores, entre os quais *a cor*, isto é, *o indicador baseado na visibilidade* do traço de origem africana, é o mais forte. Portanto, é o contexto histórico da leitura e não uma determinação do sujeito o que leva ao enquadramento, ao processo de outrificação.²⁶ (grifos no original)

Deste modo, o racismo opera de modo bastante específico no Brasil, influenciando decisivamente na construção de um imaginário social coletivo sobre o negro, que age diretamente na imposição de tipificações de comportamentos, na estratificação social e na naturalização da hierarquia racial, conforme abordaremos nos itens que seguem.

²⁴ GUIMARÃES. Antonio Sergio A., **Preconceito Racial**: modos, temas e tempos. Obra citada, p. 35.

²⁵ SEGATO, Rita Laura. **Raça é signo**. Série Antropologia. Brasília, n. 373, 2005. Disponível em: <vsites.unb.br/ics/dan/Serie372empdf.pdf>. Acesso em 28/08/2011. p. 3.

²⁶ Ibidem.

1.2 Preconceito e discriminação

As expressões “preconceito racial”, “discriminação racial”, “segregação racial” e “complexo de cor”²⁷, começaram a surgir no Brasil por volta de 1930.

Comumente os termos preconceito e discriminação são utilizados como sinônimos nos debates acerca de questões raciais. No entanto, entendemos que os mesmos não se confundem como discorreremos a seguir.

Nas palavras de Adelino Brandão:

Discriminar é diferenciar, distinguir, separar, discernir, estabelecer diferença. A discriminação (segregação, separação, apartação) é ato. Como ato, pode ser observado, descrito, testemunhado. *Preconceito*, como a etimologia do vocábulo indica, (*pré-conceito*) é um pré-juízo, ou seja, um pré-julgamento: juízo antecipado ou *a priori* – opinião formada sem reflexão, conceito anterior a toda experiência ou fato: prevenção, abuso.²⁸

Neste sentido, a categoria discriminação é conceituada na Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Normas de Discriminação Racial da ONU, ratificada pelo Brasil em 2003, que preceitua:

Art. 1º. - A expressão “discriminação racial” significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, ascendência, origem étnica ou nacional com a finalidade ou o efeito de impedir ou dificultar o reconhecimento e/ou exercício, em bases de igualdade, aos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou qualquer outra área da vida pública.²⁹

Em âmbito nacional, a discriminação racial é conceituada pelo Estatuto da Igualdade Racial:

Art. 1º. - Discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor,

²⁷ “Complexo de cor” seria uma espécie de complexo de inferioridade nos não-brancos diante da vida. Este conceito tem por finalidade jogar em cima dos não-brancos a culpa por suas dificuldades, conforme ensinamentos de SANTOS, José Rufino dos. O que é Racismo. Obra citada. P. 56.

²⁸ BRANDÃO, Adelino. **Direito Racial Brasileiro**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 12.

²⁹ Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Normas de Discriminação Racial da ONU. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>. Acesso em 28/08/2011.

descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada.

O preconceito racial, especificamente, é identificado como um juízo antecipado de índole negativa dirigido a um determinado grupo social, que leva em conta fatores raciais ou de origem.³⁰

Assim, preconceito é entendido como uma postura interna preconcebida, enquanto a discriminação refere-se a ato segregacionista.³¹

Tendo por base esta diferença, defendemos que preconceito e discriminação se relacionam, mas não se equivalem. O preconceito, assim entendido, se situa na esfera singular do indivíduo e é expectativa com relação ao outro. Expectativa esta que na maioria das vezes é desfavorável, mas pode ser também favorável. Em seu turno, a discriminação é sempre externalizada por meio do tratamento diferenciado, sendo muito mais grave e prejudicial àquele que é vítima.

Destacamos ainda, que o preconceito, apesar de deter índole subjetiva, psicológica, estando ligado diretamente aos sentimentos pessoais e ao imaginário, não é natural, pois este imaginário é construído a partir da formação cultural que o indivíduo recebe. Logo, se nasce e vive em uma sociedade na qual a população negra é caracterizada pejorativamente, constituindo um grupo estigmatizado, o indivíduo tende a internalizar estas idéias e a ser preconceituoso com relação aos membros desta população.

Destarte, o preconceito e a discriminação contra os indivíduos de cor negra no Brasil são os motores que mantêm um círculo vicioso que precisa ser rompido. A sociedade é racista e forma crianças e jovens racistas que ao se tornarem adultos que reproduzirão o racismo para as futuras gerações.

A formação cultural no que se refere às relações raciais em nosso país é constantemente influenciada pela política do “branqueamento” que muito atuou em

³⁰ MADRUGA, Sidney. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica. 2005. p. 138.

³¹ Ibidem.

nossa sociedade e ainda surge vez ou outra em nosso cotidiano como explicaremos a seguir.

1.3 Política do “branqueamento” e o mito da democracia racial

Com o fim da escravidão e da utilização da mão-de-obra negra, preterida frente aos imigrantes europeus, os negros se tornaram um problema para a elite do país que afirmava que a “culpa” pelo atraso do Brasil era da “impureza racial” do povo.³²⁻³³

Ainda era predominante a ideologia de que o negro seria um “ser inferior”, corroborada pelo “racismo científico” e pela Igreja Católica. Encontrou-se então na chamada ideologia do branqueamento a “solução racial” para o Brasil, uma vez que apagaria a “mancha negra do passado”, “limparia o sangue brasileiro” e evitaria que o Brasil continuasse de maioria negra. Havia neste período um medo de povoar o país com negros e esse medo estimulou a prática do branqueamento como modelo salvador.³⁴⁻³⁵

³² CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil**. Obra citada, p. 76.

³³ Anders Behring Breivik, radical de extrema-direita, acusado de ataques terroristas na Noruega em julho deste ano, citou o Brasil em seu documento intitulado A European Declaration of Independence – 2083 (Uma declaração de Independência Européia – 2083). Neste manifesto, Anders faz críticas ao Brasil, contra a mistura de raças. Para ele: “Um país que tem culturas que competem entre si vai terminar como um lugar permanentemente disfuncional, como o Brasil”. Em outro trecho, Anders culpa a miscigenação por uma lista de problemas que ele atribui ao Brasil: corrupção, falta de produtividade e um eterno conflito de culturas. Exemplos como este comprovam como ainda nos dias atuais se fazem presentes as idéias racialistas que atribuem defeitos e problemas às determinadas raças ou à miscigenação entre elas. Informações retiradas da notícia publicada na matéria “O Manifesto de Anders Breivik. Um atentado anunciado: Noruega, 22 de julho de 2011”. Sabrina Medeiros e Luíze Valente. Revista de Estudos Políticos. Disponível em <http://revistaestudospoliticos.com/951/>. Acesso em 05/11/2011.

³⁴ CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil**. Obra citada, p. 77.

³⁵ Em setembro do presente ano, a Caixa Econômica Federal começou a veicular a campanha publicitária que comemorava os 150 anos do banco. O comercial deu origem uma discussão acerca das relações raciais em nosso país, pois no filme o ator que interpreta o Machado de Assis é branco, enquanto o escritor era mulato. A CEF suspendeu a veiculação da campanha publicitária após protestos na Internet e um pedido formal da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial - SEPPIR. Fatos como este comprovam a força que ainda tem a política no branqueamento, no sentido de negar a negritude de pessoas de destaque e importantes na história do Brasil. Informações retiradas da notícia publicada na matéria “Caixa suspende comercial com Machado de Assis branco”. Disponível em <http://exame.abril.com.br/marketing/noticias/caixa-suspende-comercial-com-machado-de-assis-branco>. Acesso em 05/11/2011.

Neste sentido leciona Dora Bertúlio:

Discursos e tratados são feitos com o fim de arianizar essas terras, fazer sumir a mancha negra da escravidão, habitar nossos campos e cidades com o sangue europeu, viçoso e trabalhador de forma a poder, o elemento branco, cedo livrar esta terra da preguiça, da criminalidade e da malandragem.³⁶

Com o escopo de embranquecer o país, o governo brasileiro incentivou a imigração de europeus de várias as formas, desde o financiamento de passagens até a doação de terras, além de ter facilitado a substituição do trabalho escravo pelo trabalho “livre” nas fazendas.³⁷

Entretanto, apesar da entrada de grande número de imigrantes, a população negra não deixou de existir. Por isso, a mestiçagem, antes repudiada, porque sangue negro sujaria o branco, passou a ser incentivada, pois o sangue branco faria a depuração do sangue negro na população brasileira, sendo necessário que a “mistura” se promovesse.³⁸

A partir da década de 30, com base em uma corrente de pensadores, passou-se a negar a existência de preconceito racial em território nacional, como explica Guimarães:

(...) eram fatos estabelecidos, já em 1935, pelo menos entre os intelectuais modernistas e regionalistas, que: (a) o Brasil nunca conhecera o ódio entre raças, ou seja, o “preconceito racial”; (b) as linhas de classe não eram rigidamente definidas a partir da cor; (c) os mestiços se incorporavam lenta mas progressivamente à sociedade e à cultura nacionais; (d) os negros e os africanismos tendiam paulatinamente a desaparecer, dando lugar a um tipo físico e a uma cultura propriamente brasileiros.³⁹

Deste modo, se criou a falsa idéia da democracia racial brasileira. Este mito foi e ainda é muito útil à elite brasileira, uma vez que cumpre dupla função: evita a discussão da temática, haja vista que muitos sequer enxergam o problema, e inibe a organização da população negra para qualquer reivindicação, uma vez que muitos

³⁶ BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais**: uma introdução crítica ao racismo. Obra citada, f. 36.

³⁷ Idem, f. 23.

³⁸ Idem, f. 24.

³⁹ GUIMARÃES. Antonio Sergio A., **Preconceito Racial**: modos, temas e tempos. Obra citada, p. 70.

não sentem a discriminação, já tão naturalizada. Sobre a democracia racial brasileira, sintetiza Carlos Hasenbalg:

(...) o ideal do “branqueamento” e o mito da “democracia racial” brasileira são, muito claramente, os produtos intelectuais das elites dominantes brancas. Estes conceitos destinam-se a socializar a totalidade da população (brancos e negros igualmente) e a evitar áreas potenciais de conflito social.⁴⁰

Este mito é facilmente desmentido ao observamos os indicadores sociais. Mesmo em uma análise pouco atenta é possível visualizar as disparidades gritantes entre brancos e negros, como demonstraremos a seguir.

1.4 Relações Raciais e Estrutura de Classes

Mesmo após a Lei Áurea ter abolido formalmente a escravidão, várias formas de segregação corroboraram para que os negros ficassem à margem do sistema econômico vigente.

Entre mecanismos excludentes pode ser citada a Lei de Terras de 1850, que garantia o acesso à terra apenas aqueles que detinham recursos para adquiri-las, exceto os imigrantes europeus, os quais receberam incentivos ao povoamento, conforme exposto no item anterior.

Deste modo, milhões de imigrantes europeus se estabeleceram em nosso país durante as últimas décadas do século XIX e o início do século XX, sendo que está mão-de-obra foi preferida para o trabalho agrícola e industrial.

Assim, os imigrantes europeus, em grande número foram se afirmando dentro da ordem econômica e ressurgem como proprietários e pequenos proprietários, o que não acontece com os descendentes de africanos escravizados.⁴¹

⁴⁰ HASENBALG, Carlos. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**, 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005, p. 247.

⁴¹ BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Palestra proferida na Universidade Federal do Paraná**. 2009.

A exclusão dos negros libertos do sistema capitalista que se consolidava no Brasil se reflete na realidade socioeconômica atual.

Por mais que seja inegável a existência de desigualdade racial no contexto brasileiro, existem diversos autores que resumem esta desigualdade ao cunho econômico e social, afirmando que os negros atualmente são discriminados por serem pobres e não por serem negros.

No livro *Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil*, obra clássica acerca das relações raciais em nosso país, Hasenbalg examina a relação entre raça e classe no modo de produção capitalista, analisando a estratificação social.

O autor começa a discussão acerca deste tema demonstrando que mesmo entre os estudiosos que se debruçam a estudar a questão das desigualdades, há dificuldade de se fazer um exame conjunto de ambos os vieses: racial e social.

Assim, o autor divide as perspectivas em dois grupos: uma análise seria aquela feita pelos marxistas ortodoxos, que em sua teoria de classes enfatizam as relações classistas, desconsiderando quase que completamente os litígios raciais e outra avaliação seria a feita pela teoria colonial em que não há um modelo explícito da exploração de classe e das relações entre estrutura e dominação de classes e opressão e estratificação raciais.⁴²

Assim, o autor oferece sua tese e se propõe a preencher a lacuna entre essas duas teorias:

(...) a raça, como traço fenotípico historicamente elaborado, é um dos critérios mais relevantes que regulam os mecanismos de recrutamento para ocupar posições na estrutura de classes e no sistema de estratificação social. Apesar de suas diferentes formas (através do tempo e espaço), o racismo caracteriza todas as sociedades capitalistas multirraciais contemporâneas. Como ideologia e como conjunto de práticas cuja eficácia estrutural manifesta-se numa divisão racial do trabalho, o racismo é mais do que um reflexo epifenomênico da estrutura econômica ou um instrumento conspiratório usado pelas classes dominantes para dividir os trabalhadores. Sua persistência histórica não deveria ser explicada como mero legado do passado, mas como servidos aos

⁴² HASENBALG, Carlos. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. Obra citada. p. 118.

complexos e diversificados interesses do grupo racialmente supraordenado no presente.⁴³

A tese apresentada por Hasenbalg é corroborada pelos indicadores sócio-raciais, uma vez que o pertencimento racial se reflete de maneira fundamental na estruturação das desigualdades econômicas e sociais de nosso país, como exploraremos no próximo item.

1.5 Desigualdades Raciais no Brasil

A desigualdade racial é conceituada pelo Estatuto da Igualdade Racial, nos seu art. 1º, inciso II:

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

Os dados estatísticos demonstram que os indivíduos negros não usufruem as mesmas oportunidades que os brancos. Assim, diagnosticamos que a sociedade brasileira ainda sofre com as conseqüências da marginalização dos negros após a abolição da escravatura e esse representa seu maior problema estrutural.

A injustiça e a desigualdade são tão grandes e antigas que chegam a ser naturalizadas, como expõe Ricardo Henriques:

A naturalização da desigualdade, por sua vez, engendra no seio da sociedade civil resistências teóricas, ideológicas e políticas para identificar o combate à desigualdade como prioridade das políticas públicas. Procurar desconstruir essa naturalização da desigualdade encontra-se, portanto, no eixo estratégico de redefinição dos parâmetros de uma sociedade mais justa e democrática. Nesse sentido, a questão da desigualdade racial necessita ser incorporada como elemento central do debate.⁴⁴

Neste sentido, continua o autor:

⁴³ HASENBALG, Carlos. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. Obra citada. p. 124.

⁴⁴ HENRIQUES, Ricardo. **Desigualdade racial no Brasil: Evolução das condições de vida na década de 90**. Obra citada. p. 1.

A intensa desigualdade racial brasileira, associada a formas usualmente sutis de discriminação racial, impede o desenvolvimento das potencialidades e o progresso social da população negra. O entendimento dos contornos econômicos e sociais da desigualdade entre brasileiros brancos e brasileiros afro-descendentes apresenta-se como elemento central para se construir uma sociedade democrática, socialmente justa e economicamente eficiente.⁴⁵

As estatísticas demonstram que o Brasil não é um país pobre, mas sim desigual.⁴⁶ A injustiça social que assola o país se apresenta claramente relacionada às raças dos cidadãos. A cor, deste modo, é um fator de discriminação e a exclusão se consubstancia no acesso à educação formal, ao mercado de trabalho e aos bens.

Há uma grande disparidade nas condições de vida entre brancos e não-brancos, como comprovam o (IDH) Índice de Desenvolvimento Humano⁴⁷. Em 2008, a pesquisa de IDH demonstrou que os brancos brasileiros tinham indicadores de desenvolvimento humano maiores em todos os estados do Brasil e que os negros ainda não haviam alcançado o IDH que os brancos apresentavam em 1991, primeiro ano da série histórica calculada pela ONU (Organização das Nações Unidas). Embora tenha sido notada uma melhora de 17,5% em 14 anos, o IDH dos pretos e pardos em 2005 (0,743) ainda era inferior ao registrado para os brancos em 1991 (0,763).⁴⁸

Ainda, segundo os dados deste relatório, o Brasil tem extremidades bastante opostas. No alto, os brancos do Distrito Federal, com IDH de 0,910, próximo ao da Coréia do Sul (0,921) e acima ao de Portugal (0,897). Na outra ponta, o pior índice é

⁴⁵ HENRIQUES. Ricardo. **Desigualdade racial no Brasil**: Evolução das condições de vida na década de 90. Obra citada. p. 2.

⁴⁶ Afirmação feita pelo ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

⁴⁷ O IDH é um índice criado pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) e calculado para diversos países desde 1990. Originalmente proposto para medir a diferença entre países, foi adaptado para ser aplicado também a Estados e municípios. O índice vai de 0 a 1 — quanto mais perto do 1, maior o desenvolvimento humano. O cálculo é feito pela média simples de três componentes: IDH Longevidade: indicador de longevidade, medida pela esperança de vida ao nascer; IDH Educação: indicador de nível educacional, medido pela combinação da taxa de alfabetização de pessoas de 15 anos ou mais (com peso 2) e da taxa bruta de matrículas nos três níveis de ensino (fundamental, médio e superior) em relação à população de 7 a 22 anos de idade (com peso 1). Para regiões, Estados e municípios do Brasil, usa-se a taxa de frequência; IDH Renda: indicador de renda, medido pelo PIB real per capita em dólares, segundo o critério de Paridade do Poder de Compra. Para regiões, Estados e municípios do Brasil, usa-se a renda familiar per capita. In: Reportagem **Branco de 91 supera negro de 2005 no IDH**, publicada em 19/09/2008. Disponível em <http://www.pnud.org.br/raca/reportagens/index.php?id01=3043&lay=rac>. Acesso em 03/09/2011.

⁴⁸ Ibidem.

o dos negros de Alagoas, com IDH de 0,639, abaixo ao de países africanos como Guiné Equatorial (0,642) e Namíbia (0,650).⁴⁹

O país sustenta uma posição mediana na classificação das nações referente ao IDH. Contudo, se for considerada somente a população negra, o Brasil ocuparia um lugar muito pior, a 108ª posição, apresentando um IDH inferior ao da Argélia e de Trinidad Tobago, por exemplo.⁵⁰

Considerando os três componentes que integram o IDH, vamos fazer uma breve análise de cada um deles, para constatar em que medida cada um influi na discrepância da qualidade de vida entre negros e brancos no Brasil.

Para estudar a longevidade, é necessário decompô-la em dois índices fundamentais: mortalidade infantil e mortes violentas. A taxa de mortalidade infantil no país, em 2005, era de 19,4% entre as crianças filhas de mães brancas e de 24,4%, entre as mães negras. Uma diferença de 25,7%.⁵¹

Quanto às mortes violentas, segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça morrem proporcionalmente 103,4% mais negros que brancos por homicídio. Em 2008, o número de vítimas brancas foi de 14.650 para 32.349 vítimas negras.⁵²

Com relação à educação, em 2008, 61% entre os brancos, 42,2% entre pretos ou pardos de 15 a 17 anos estavam matriculados no Ensino Médio. Já na renda, a disparidade era ainda mais gritante: em 2008, os negros recebiam somente 56,7% da remuneração dos brancos.⁵³

A partir desses poucos dados é possível ter uma noção da magnitude da desigualdade racial em nosso país. Os dados deixam claro que não há qualquer

⁴⁹ Reportagem **Branco de 91 supera negro de 2005 no IDH**, publicada em 19/09/2008. Disponível em <http://www.pnud.org.br/raca/reportagens/index.php?id01=3043&lay=rac>. Acesso em 03/09/2011.

⁵⁰ Pesquisa realizada pelo “Projeto Brasil 2000 – Novos Marcos para as Relações Raciais” (FASE), com base na metodologia da ONU.

⁵¹ Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2007-2008. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2008, p. 38.

⁵² Mapa da Violência 2011: Os Jovens do Brasil. Instituto Sangari em parceria com o Ministério da Justiça, 2011.

⁵³ Reportagem **Desigualdade entre negros e brancos cai na educação, mas com pouco impacto na renda**, publicada em 05/04/2010. Disponível em www.pnud.org.br/noticias/index.php?id01=3437. Acesso em 06/09/2011.

padrão de igualdade de oportunidades entre negros e brancos. Assim, a cor interfere decisivamente nas condições de vidas das pessoas.⁵⁴

Portanto, na sociedade brasileira, consideramos a cor um fator de exclusão que faz com que os negros sejam duplamente vitimados: sofrem as consequências do preconceito pela sua condição socioeconômica e ainda pelo fator racial.

⁵⁴ Em 22/07/2011, o IBGE apresentou o estudo “Pesquisa das Características Étnico-Raciais da População: um Estudo das Categorias de Classificação de Cor ou Raça”, o qual coletou informações em 2008, em uma amostra de cerca de 15 mil domicílios, no Amazonas, Paraíba, São Paulo, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Distrito Federal. Entre os resultados, destaca-se o reconhecimento, por 63,7% dos entrevistados, de que a cor ou raça influencia na vida. Entre as situações nas quais a cor ou raça tem maior influência, o trabalho aparece em primeiro lugar, seguido pela relação com a polícia/justiça, o convívio social e a escola. Dos entrevistados, 96% afirmam saber a própria cor ou raça. As cinco categorias de classificação do IBGE (branca, preta, parda, amarela e indígena), além dos termos “morena” e “negra”, foram utilizadas. Entre as dimensões da própria identificação de cor ou raça, em primeiro lugar vem a “cor da pele”, com 74% de citações, seguida por “origem familiar” (62%), e “traços físicos” (54%). Disponível em www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/default_raciais.shtm. Acesso em 05/09/2011.

II - O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

“Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, (...), sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos...”.
Carmem Lúcia Antunes Rocha

Neste capítulo temos o intuito de trazer reflexões sobre o princípio da igualdade, sua construção teórica historicamente e sua inserção no constitucionalismo contemporâneo.

2.1 Os princípios no Direito: Dworkin e Alexy

As discussões acerca da conceituação e da representatividade dos princípios são algumas das mais importantes e atuais no constitucionalismo, sendo que sobre a temática se debruçam diversos pensadores exponenciais da Ciência Jurídica.

A palavra princípio remete à ideia daquilo que vem antes, que está no início, no começo, mas recebe outra conotação na ordem constitucional, como se verá adiante.

Ronald Dworkin, jus-filósofo estadunidense, foi um dos primeiros a elaborar uma teorização acerca dos princípios. Partindo de uma crítica ao Positivismo⁵⁵, o autor organizou uma diferenciação em regras (*rules*), princípios e políticas (*policies*).

Assim, regras seriam padrões que obedeceriam à lógica do “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*), sendo que sua aplicabilidade estaria sujeita à sua validade e à hipótese fática nela prevista.

⁵⁵ Para o autor, o Positivismo, que entende o Direito apenas como sistema de regras, não consegue fundamentar decisões em casos complexos nos quais não há nenhuma regra jurídica aplicável.

Já princípios e políticas não devem ser interpretados à maneira do “tudo ou nada” como explica o autor:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudança adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover o assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.⁵⁶

Dworkin afirma que os princípios possuem a dimensão do peso e, assim, no caso de colisão, um princípio pode predominar sobre outro em determinado caso concreto, mas esta predominância pode inverte-se em outro caso concreto, sendo que o princípio que foi preterido não deixa de fazer parte do ordenamento jurídico.

Seguindo a classificação inicialmente proposta por Dworkin, Robert Alexy afirma que princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras.⁵⁷ Destarte, neste atual entendimento norma é compreendida como um gênero, que se divide em duas espécies: princípio e regra.

Em sua obra célebre *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy defende que princípios são *mandamentos de otimização* - normas as quais determinam que um objetivo deva ser realizado na maior medida possível, face às possibilidades fáticas e jurídicas presentes.

Importa destacar que a realização de um princípio muitas vezes é dificultada pela realização de outro princípio, a chamada *colisão*⁵⁸ de princípios, impasse que

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 p. 36

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 271.

⁵⁸ Contrária é a opinião de Humberto Ávila sobre a questão. Para o citado autor a própria idéia de “conflito” deve ser repensada, pois se o conteúdo normativo de um princípio “depende” da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrentes da relação dialética que mantém com outros princípios, parece inconcebível a ocorrência de efetivas “colisões” entre eles. Tratar-se-ia, prossegue o autor, de um conflito aparente e não-uniforme, já que a idéia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas eventualmente contrapostas, o que no caso dos princípios está previamente afastado pois eles são definidos justamente em função de não terem uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica abstratamente determinadas. Dessarte, conclui Humberto Ávila, “o problema que surge na aplicação

deve ser solucionado através do sopesamento para que se possa alcançar um resultado ótimo.⁵⁹

Em face desta necessária limitação para se chegar a um resultado ótimo, explica Virgílio Afonso da Silva que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento de princípios colidentes.⁶⁰ Neste ponto o autor esclarece ainda mais a diferença entre as duas espécies de normas:

Diante disso, a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras ao contrario dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. Nos casos dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar.^{61_62}

Partindo da classificação exposta, a igualdade é qualificada como princípio no sistema jurídico. Este princípio ganha especial importância no Direito contemporâneo.

Qualificado como liberal igualitário, Dworkin sustenta que o princípio da igualdade representa o dever do Estado de tratar a todos os cidadãos com igual respeito e consideração.

No livro *Uma questão de princípio*, Ronald Dworkin lembra que, não há muito tempo, o liberalismo foi quase uma teoria política de consenso entre filósofos políticos e jurídicos nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Sobre esse *individualismo igualitário* defendido pelos liberais, o autor declara:

dos princípios reside muito mais em saber qual deles será aplicado e qual a relação que mantêm entre si. ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a definição do dever de proporcionalidade**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215:151-179, jan./mar.1999 (nota 48, à p. 162) Apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

⁵⁹ SILVA. Virgílio Afonso. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". Obra Citada, p. 611.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Em sentido contrário, o próprio autor cita Humberto Bergmann Ávila, o qual sustenta que a diferença entre regras e princípios é uma mera diferença no grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a definição do dever de proporcionalidade**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215:151-179, jan./mar.1999, p. 167. Apud SILVA. Virgílio Afonso. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". Obra Citada, p. 615.

(...) acreditavam que a política devia ter duas ambições: primeiro, promover o poder dos cidadãos, um por um, de levar a vida da maneira que achasse melhor para si, e, segundo, *reduzir a grande desigualdade de recursos que diferentes pessoas e grupos da comunidade têm à sua disposição para esse propósito.*⁶³ (Grifou-se)

Para o referido autor, o liberalismo pode assumir duas formas básicas. Uma baseada na neutralidade que considera fundamental a ideia de que o governo não deve tomar partido em questões morais e apóia apenas as medidas igualitárias que sejam, comprovadamente, resultado deste princípio. Outra forma se baseia na igualdade e considera fundamental que o governo trate seus cidadãos como iguais e somente defende a neutralidade moral quando a igualdade a exige.⁶⁴

Deste modo, apesar de negar as acepções marxistas de igualdade⁶⁵, Dworkin defende o intervencionismo estatal a fim de que seja garantida e efetivada a igualdade.

Contrário à chamada “igualdade de resultado”, autor é partidário de uma igualdade de recursos e assim inicia a exposição de sua teoria: (...) “*as pessoas não começam suas vidas em termos iguais; alguns partem com acentuadas vantagens de riqueza de família ou educação formal ou informal. Outros sofrem porque sua raça é desprezada.*”⁶⁶

Neste ponto o autor demonstra sua insatisfação com um modelo de igualdade que não considere essas desigualdades inequívocas:

Assim, algumas pessoas que estão totalmente dispostas, mesmo ansiosas, a fazer exatamente as mesmas escolhas de trabalho, consumo e economia que outras pessoas fazem, acabam com menos recursos, e nenhuma teoria plausível da igualdade pode aceitar isso como algo justo.⁶⁷

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. XII.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Obra Citada, p. 305.

⁶⁵ Dworkin é contrário a chamada “igualdade de resultado”, isto é, que cada cidadão deve ter a mesma riqueza, em qualquer época de sua vida. (Idem, p. 306).

⁶⁶ Idem, p. 308.

⁶⁷ Ibidem.

Ronald Dworkin defende uma teoria que chama de igualdade de recursos, segundo a qual o governo deve atribuir a mesma quantidade de recursos a cada cidadão, para que este os consuma ou invista da forma que quiser.⁶⁸

Sobre o papel do governo na concretização da igualdade, o autor afirma:

Admitimos que o governo tem um dever geral e abrangente que os cidadãos não possuem enquanto indivíduos. O governo deve examinar e alterar constantemente suas regras de propriedade, usando o radicalismo se necessário, para aproximá-las mais do ideal de tratar as pessoas como iguais segundo a melhor concepção.⁶⁹

A sociedade brasileira não pode ser considerada liberal, mas se alicerça em valores liberais, quais sejam: liberdade e igualdade. Deste modo, partindo da tese do liberalismo igualitário apresentada por Dworkin, defendemos que a postura do Estado brasileiro no que tange à igualdade deve ser ativa, no sentido de garantir a concretização dos ideais políticos de igualdade e liberdade, uma vez que estes ideais compõem a base do Estado Democrático de Direito, como veremos a seguir.

2.2 O princípio da igualdade no constitucionalismo brasileiro e seu protagonismo no Estado Democrático/Constitucional de Direito

A compreensão do conteúdo da isonomia sofreu diversas mutações ao longo da história tendo este princípio alcançado novas dimensões na contemporaneidade.

Existem controvérsias acerca do momento em que o princípio da igualdade foi positivado. Alguns autores defendem que o referido princípio apareceu juridicamente nos Estados Unidos com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, nos seguintes termos:

Artigo 1.º – Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 357.

⁶⁹ Idem, p. 372.

meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.⁷⁰

Todavia, há autores que reconhecem que a idéia jurídica da igualdade surgiu após a Revolução Francesa com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao estabelecer em seu art. 1º que: “*Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem ser fundamentadas senão sobre a utilidade comum.*”⁷¹

Mais importante do que o momento e local no qual este princípio alcançou a legislação escrita, é a interpretação que o mesmo vem recebendo ao longo da história. Grosso modo, a compreensão do princípio da igualdade passou por três fases principais, como leciona Maria da Glória Garcia:

*A primeira é a fase em que o princípio da igualdade aparece basicamente confundido com o princípio da prevalência da lei, a segunda é aquela em que o princípio é entendido fundamentalmente como proibição do arbítrio ou proibição de discriminações, e a terceira, latente desde a primeira hora mas recentemente redescoberta, correspondente à fase em que o princípio alia aos conteúdos anteriores uma intencionalidade material, no sentido da justiça, à qual dá especial relevo – igualdade da própria lei.*⁷² (Grifou-se)

Na primeira fase, o princípio jurídico da isonomia era puramente formal e constituiu uma igualdade absoluta e sem reservas, desconsiderando qualquer peculiaridade do indivíduo destinatário da norma que era aplicada de maneira uniforme a todos os cidadãos. Assim, ser considerado igual perante uma lei significa ser destinatário da aplicação dessa mesma lei.⁷³

Neste período, eram vedadas leis individuais e concretas, acreditando que apenas com a generalidade da lei era possível extinguir as sujeições de classe e os privilégios que detinham os indivíduos pertencentes a determinados estamentos sociais.⁷⁴

⁷⁰ Disponível em: http://www.geocities.ws/cp_adhemar/ehd11.5_Decl_Dir_Virginia.html. Acesso em 13/08/2011.

⁷¹ Disponível em: <http://www.oocities.org/br/fcpedro/declar.html>. Acesso em 13/08/2011.

⁷² GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 25.

⁷³ Idem, p. 27.

⁷⁴ Idem, p. 28.

Até este momento, acreditava-se que a mera inclusão da igualdade entre os direitos fundamentais era suficiente para garantir uma igualdade de fato. Todavia, as classes mais economicamente favorecidas continuaram a gozar de privilégios e, com o passar do tempo, notou-se que com esta denotação, o princípio da isonomia não representava justiça concluindo-se, assim, que a igualdade somente seria dotada de sentido no plano da relatividade.⁷⁵

Sobre o atual momento, transcrevemos o pensamento de Garcia:

Assim, e em primeiro lugar, em consequência do redescoberto caráter relativo da igualdade, a máxima “todos são iguais perante a lei” pode decompor-se em duas afirmações distintas: o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exacta da diferença.⁷⁶

No constitucionalismo brasileiro, especificamente, o princípio da igualdade ganha especial conotação a partir da Constituição 1988. Trazendo um conceito diferente do proposto por Alexy, referindo-se ao disposto no Título I da Constituição Federal, princípio jurídico é definido por Celso Antonio Bandeira de Mello nas seguintes palavras:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁷⁷

Para Bandeira de Mello - bem como para a maioria dos autores que se dedicaram a temática dos princípios na doutrina brasileira – *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema* e as regras, por sua vez, seriam a concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.⁷⁸

A compreensão de Bandeira de Mello é bastante diferente da proposta por Alexy como explica Virgílio Afonso da Silva:

⁷⁵ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 30.

⁷⁶ Idem, p. 31.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 450

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº 1, 2003, p. 612.

O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que *nada* diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade.⁷⁹

Os princípios gerais de Direito são convertidos em constitucionais, como explica Paulo Bonavides:

A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais.⁸⁰

Nos ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira, os princípios constitucionais fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais.

Neste sentido, os autores atribuem uma importância essencial aos princípios na ordem constitucional afirmando que eles constituem a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas.⁸¹

Neste contexto, apresenta-se a igualdade como princípio na ordem constitucional, em especial no Estado Democrático de Direito, ganhando diferentes interpretações ao longo da história.

A partir do século XX, com o advento do Estado Social, procurou-se ir além da igualdade formalmente garantida, a fim de se alcançar uma igualdade de material ou substancial.

Assim, o princípio da igualdade recebeu ainda mais destaque, tornando-se o mais importante do Direito Constitucional na atualidade, como afirma Bonavides:

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. Obra Citada, p. 613

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Obra Citada, p. 259.

⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 78. Apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Obra Citada. p. 98.

O centro medular do Estado social e de todos dos direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.⁸²

Este princípio é de importância capital nos regimes democráticos como expõe Forsthoff, o qual afirmou que o princípio da igualdade, como regra jurídica, tem um caráter suprapositivo, anterior ao Estado, e que mesmo se não constasse do texto constitucional, ainda assim teria de ser respeitado.⁸³

Desde o Império, as constituições brasileiras limitavam o princípio da *igualdade à igualdade perante à lei*, estabelecendo uma isonomia meramente formal, a qual previa que a lei devia ser aplicada a todos igualmente sem considerar as distinções entre os grupos.⁸⁴

Este entendimento não permanece na atual Constituição. No Estado Democrático/Constitucional de Direito, este princípio ganha especiais nuances, sendo entendido, em resumo, como tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade.

José Afonso da Silva aponta que a democracia como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é um conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal.⁸⁵

Na contemporaneidade, o compromisso com o constitucionalismo bem como com a democracia constitui uma sociedade livre, justa e solidária, não apenas permeada, mas tecida pela salvaguarda de direitos individuais e coletivos, pelos ideais de soberania popular e pela organização dos limites do poder político.

Apesar dos entraves, a relação entre ambos ganha materialidade na consolidação do Estado Democrático de Direito e na Constituição. Aqui entende-se a Constituição como instrumento agregador de diferentes funções, como assevera

⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Obra Citada, p. 376.

⁸³ Ernest Forsthoff, Problemas constitucionales del Estado social, in El Estado social, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 162. Apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Obra citada, p. 158.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Obra Citada. p. 217.

⁸⁵ Idem, p. 116.

Konrad Hesse: “*de un lado, la constitución y preservación de un Estado eficaz y operativo, de otro lado, lá actuación estabilizadora, racionalizadora y limitadora del poder em la vida de la Comunidad*”⁸⁶.

O diálogo entre constitucionalismo e democracia torna-se ainda mais tenso em cenários de Estados complexos como o Brasil,⁸⁷ no qual, alcunhada de Constituição Cidadã, a Constituição da República Federativa de 1988 é resultado de um amplo processo de mobilização da sociedade, sendo considerada uma grande inovação na garantia de direitos fundamentais, os quais gozam de supremacia.

Atualmente, compreende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos.⁸⁸ Ainda mais respeitáveis que as características gerais deste modelo de Estado, são suas características no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, como esclarece Gilmar Mendes:

Considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.⁸⁹

No Estado Democrático de Direito, unem-se os elementos basilares do Estado Liberal⁹⁰ de Direito e do Estado Social de Direito⁹¹: a liberdade e a igualdade, sopesadas a partir do teor axiológico albergado na Constituição do Estado, a qual é

⁸⁶ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**; Selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon. Centro de Estudios Constitucionales – Madri, 1992, p. 110.

⁸⁷ Leia-se aqui Estados complexos como aqueles geograficamente grandes, com uma realidade conflituosa por agregarem em uma mesma federação uma diversidade cultural e étnica de especial complexidade histórica e serem repletos de desigualdades econômico-sociais.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Obra Citada, p. 149.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ O Direito Constitucional no Estado liberal, em nome da juridicidade, podia assim elevar-se a posições extremas de formalismo, as quais, despolitizando o Direito, instauravam uma neutralidade aparentemente absoluta, mas em verdade impossível, perante o substrato ideológico das instituições. Escreveu Kelsen sem preâmbulo e sem direitos sociais fundamentais a Constituição da Áustria na linha de um positivismo ultrapassado para os nossos dias. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Obra Citada, p. 372)

⁹¹ A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social. (Idem, p. 371)

fruto da positivação das escolhas políticas democraticamente estabelecidas pelo povo como os valores mais essenciais daquela sociedade.

Sobre a composição do Estado Democrático de Direito, explica José Afonso da Silva:

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁹²

Neste contexto, o princípio da igualdade aparece esculpido no rol dos direitos e garantias fundamentais, no *caput* do artigo 5º, da Carta Maior, promulgada há mais de duas décadas:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)

Este princípio incide na conjuntura de concretização de um Estado Democrático de Direito, segundo se depreende do artigo 1º da Constituição Federal⁹³, uma vez que “democrático” qualificando o Estado irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, conseqüentemente, sobre a ordem jurídica.⁹⁴

É de todo evidente que o princípio da isonomia tal qual positivado deve ser lido de acordo com uma visão conjunta da Carta Magna e, deste modo, não visa apenas à igualdade formal, mas também material. A interpretação da igualdade pelo seu caráter substancial almeja a equidade e cumpre também as determinações dos princípios da dignidade humana e da cidadania, os quais fundam o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, II e III, CF/88) e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que são a construção de uma sociedade livre, justa

⁹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Obra Citada, p. 116.

⁹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Obra Citada, p. 123.

e solidária; a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos (art. 3º, I, III, IV, CF/88).⁹⁵

O Estado Democrático de Direito apenas se materializa no respeito à pluralidade de idéias, culturas e raças e no fomento a um processo de libertação da pessoa humana das mais variadas formas de opressão. Libertação esta que não depende somente do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas principalmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu exercício de maneira plena.⁹⁶

Nesse molde estatal, não basta o elemento formal, não é suficiente a conduta omissiva, pois a Constituição atribui ao Estado o dever de agir constantemente no sentido de efetivar as opções instituídas pelo povo. Assim é necessário que a conduta do Poder Público seja ativa, através da promulgação das leis, da realização de atos administrativos e de pronunciamentos judiciais sob a roupagem e com a força de normas jurídicas, outorgando direitos sociais substanciais. Como afirma José Afonso da Silva:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas não da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.⁹⁷

Para Bonavides - que entende o Estado brasileiro como Estado social - o Estado que adota este modelo tem a obrigação de criar a igualdade fática:

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia.⁹⁸

⁹⁵ Diz o art. 3º da Constituição Federal, em seus incisos I, II, III e IV: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁹⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Obra Citada, p. 124.

⁹⁷ Idem, p. 125.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Obra Citada, p. 378.

Ainda sobre o papel do Estado na promoção da igualdade fática, prossegue o autor:

O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.⁹⁹

Destarte, o Estado dever atuar concretamente com vistas a trazer efetividade aos direitos e garantias previstos na Constituição, criando mecanismos que possibilitem a concretização das normas de status constitucional.

Assim, o Direito Positivo, o qual se expressa por meio das leis, tem um papel crucial como instrumento de transformação da sociedade. As leis não podem ter um caráter neutro, devem se elaborar e interpretadas com o propósito de interferir na realidade social, haja vista que a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em instaurar um regime democrático que alcance a justiça social.

Não obstante, no tocante as relações raciais no Brasil, não é o que aconteceu na maior parte da história do nosso país. O que podemos notar ao longo da tradição legislativa e jurisprudencial é que o Direito Positivo, por ser carente de efetividade, tem servido na maioria das vezes como aparelho de manutenção do *status quo* como observaremos nos itens que seguem.

99

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Obra Citada, p. 378.

III – A (DES)IGUALDADE RACIAL E O DIREITO

“A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato *mais* desigualdades econômicas mantidas *por leis*. O Direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu.”
Pontes de Miranda

No presente capítulo objetivamos fazer uma análise crítica da legislação que regulou e que ainda regula as relações raciais em nosso país e observar especificamente o tratamento que a população negra vem recebendo através dos dispositivos legais, bem como da jurisprudência.

3.1 O papel do Direito no regime escravista brasileiro

A segregação racial se efetiva em duas modalidades: extralegal e legal. Sem desconsiderar os grandes males causados pela primeira modalidade, no presente trabalho, focamo-nos na segunda.

No Brasil, o Estado - por meio da legislação e do Direito - teve um papel fundamental na construção da desigualdade racial brasileira, como explica Diva Moreira:

Quando falamos da responsabilidade do Estado na promoção da igualdade racial no País, isso tem a ver com uma justificativa de ordem histórica, de ordem moral, porque o Estado brasileiro teve papel decisivo na construção da desigualdade racial no Brasil, ou seja, o estado de pobreza, de indigência e de marginalização em que a população negra se encontra em nosso País não é gratuito e foi deliberadamente construído a partir de estratégias políticas implementadas, executadas e formuladas pelo Estado brasileiro. Se o Estado brasileiro é responsável pela situação de marginalização e de exclusão da população negra, é um dever político e moral do Estado a promoção de políticas públicas para que o inverso possa acontecer.¹⁰⁰

¹⁰⁰

MOREIRA, Diva. **A contribuição do legislativo em defesa da igualdade racial**: seminário. Brasília: câmara dos deputados. p.111.

No Brasil, a legislação e a interpretação desta através do Direito foram determinantes nas relações raciais desde o sistema escravista, como bem expõe Dora Bertúlio:

As leis brasileiras que diretamente trataram do sistema nacional escravista, especialmente no século XIX, permitiram a apreensão valorativa do indivíduo negro, na sociedade colonial, independentemente de sua condição servil ou “livre”, produzindo um dos mais violentos e interferentes fatores do racismo nacional: a inferioridade e o demérito do indivíduo, em razão de seu pertencimento racial. Essa apreensão valorativa racista perpassa o período e se torna “natural” no inconsciente coletivo da sociedade brasileira contemporânea.¹⁰¹

Inicialmente ilegal, o tráfico tornou-se legalizado em 1559, quando o rei D. Sebastião autorizou a captura de negros na África para o trabalho em território brasileiro por meio de um decreto.¹⁰²

Toda legislação expressa no período colonial tinha o escopo de coagir o escravo a obedecer às ordens e repreendê-lo ao menor ensaio de insubordinação.¹⁰³

Neste sentido, temos o exemplo trazido por Suely Queiroz, citada por André Silva:

O castigo mais usual, era o açoite, extinto em 1886, somente dois anos antes da abolição do cativo. O Código Criminal do Império assim punia os crimes menos graves, mas deixava a critério do juiz a fixação do número total de chibatadas. Ressalvava-se apenas que a quantidade diária aplicada não deveria ser superior a cinquenta [...]. Dessa maneira foram comuns sentenças de duzentas, trezentos e até quinhentos açoites [...]. A forma de execução também era repressiva. Principalmente nas cidades, o proprietário às vezes preferia não se envolver na punição, delegando a tarefa às autoridades. Os castigos eram então ministrados em locais públicos para servirem de exemplo.¹⁰⁴

Nas primeiras normas legais que vigoraram no Brasil até a Constituição do Império de 1924, a população negra recebia um duplo tratamento do Direito Positivo: no âmbito civil sempre teve sua humanidade desconsiderada sendo tratada como

¹⁰¹ BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Palestra proferida na Universidade Federal do Paraná**. 2009.

¹⁰² QUEIROZ, Suely Robles Reis de. **Escravidão negra no Brasil**. São Paulo: Ática, 1990. p. 37. Apud SILVA, André Luiz Nunes da. **Ações afirmativas e cotas raciais na universidade**: uma via de promoção da igualdade material. Monografia de Graduação em Direito, 178 f. UFPR, 2008, p. 19.

¹⁰³ Idem, p. 23.

¹⁰⁴ Ibidem.

propriedade e objeto de direito, enquanto no âmbito criminal era entendido como sujeito que podia ser punido.

O país era dependente economicamente da Inglaterra e esta era contrária ao tráfico de escravos. Apesar de se declarar preocupada com questões humanitárias, o que a Inglaterra tinha como finalidade era a ampliação de mercado para seus produtos industrializados e isso somente seria possível com a adoção do trabalho assalariado.

Em 7 de novembro de 1831 foi promulgada a primeira lei antitráfico negro. A Lei Diogo Feijó, buscava a repressão do tráfico e para tanto declarou livres todos os escravos vindos de fora do Império e impôs penalidades aos importadores de escravos.¹⁰⁵

Todavia, essa lei não se realizou na prática, sendo desrespeitada por todos os responsáveis pelo tráfico.¹⁰⁶ Assim, na tentativa de acabar com o tráfico negro, foi firmado, em março de 1845, um tratado entre Brasil e Grã-Bretanha. Conhecida como Bill Aberdeen (ministro britânico), esta lei atribuía aos ingleses o direito de apreender navios negreiros, ainda que em águas brasileiras, e atacar navios em alto mar para verificar se neles se transportavam escravos e, em caso positivo, devolvê-los ao continente africano ou transferi-los para navios britânicos.¹⁰⁷

¹⁰⁵

ART.1º Todos os escravos, que entrarem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres. Excetuam-se: 1º Os escravos matriculados no serviço de embarcações pertencentes a país, onde a escravidão é permitida, enquanto empregados no serviço das mesmas embarcações. 2º Os que fugirem do território ou embarcação estrangeira, os quais serão entregues aos senhores que os reclamarem, e reexportados para fora do Brasil. Para os casos de exceção nº 1, na visita da entrada se lavrará termo do numero dos escravos, com as declarações necessárias para verificar a identidade dos mesmos, e fiscalizar-se na visita da saída se a embarcação leva aqueles, com que entrou. Os escravos, que foram achados depois da saída da embarcação, serão apreendidos, e retidos até serem reexportados. ART.2º Os importadores de escravos no Brasil incorrerão na pena corporal do artigo cento e setenta e nove do Código Criminal, imposta aos que reduzem à escravidão pessoas livres, e na multa de duzentos mil réis por cabeça de cada um dos escravos importados, além de pagarem as despesas da reexportação para qualquer parte da África; reexportação, que o governo fará efetiva com a maior possível brevidade, contratando com as autoridades africanas para lhes darem um asilo. Os infratores responderão cada um por si e por todos GURGEL, Argemiro Eloy. **A Lei de 7 de novembro de 1831 e as ações cíveis de liberdade na Cidade de Valença (1870-1888)**. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais – IFCS, 2004, f. 97.

¹⁰⁶

GURGEL, Argemiro Eloy. **A Lei de 7 de novembro de 1831 e as ações cíveis de liberdade na Cidade de Valença (1870-1888)**. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais – IFCS, 2004, f. 15.

¹⁰⁷

SILVA, André Luiz Nunes da. **Ações afirmativas e cotas raciais na universidade**: uma via de promoção da igualdade material, Obra Citada, f. 31

Após ameaças do primeiro-ministro britânico Gladstone para que fossem cumpridos os tratados, outra lei foi publicada com o escopo de reprimir o tráfico de escravos foi a Lei nº 581, amplamente conhecida como Lei de Eusébio de Queiroz, promulgada em 4 de setembro de 1850, a qual definia penas aos comerciantes que infringiam suas proibições.

A primeira lei abolicionista é a Lei nº 2.040, a Lei do Ventre Livre, que foi promulgada em 28 de setembro de 1871, mas não representou grandes avanços para a população negra com expõe Silva:

Sua eficácia prática não foi relevante, mas concedia liberdade aos filhos de escravos nascidos a partir dessa data, mesmo mantendo-os sob a tutela dos senhores até atingirem a idade de 21 anos. Entretanto, com o conseqüente descaso com esses filhos mais as péssimas condições de vida, o índice de mortalidade infantil disparou.¹⁰⁸

Destaca-se, contudo, que as crianças ficariam com as mães até completarem oito anos de idade, quando então, poderiam ser entregues ao Estado, mediante indenização, ou seja, vendidos; ou obrigados a trabalhar para o senhor até os 21 anos de idade, quando finalmente seria alcançada a liberdade.¹⁰⁹

A Lei nº. 3.270, de 28 de setembro de 1885, denominada Lei dos Sexagenários foi mais uma lei abolicionista de pouca efetividade. Ela concedeu liberdade aos poucos escravos que alcançavam os 60 anos de idade – os quais já não tinham mais força para o trabalho - mediante compensações financeiras aos seus proprietários. A lei dispunha ainda que os escravos que estavam com idade entre 60 e 65 anos deveriam prestar serviços durante três anos aos seus senhores e após os 65 anos de idade seriam libertos.¹¹⁰

Com a Lei nº. 3.353 de 13 de maio de 1888, o Brasil foi o último país a abolir o trabalho escravo de pessoas de origem africana, após ter recebido aproximadamente quatro milhões de africanos e africanas, durante mais de três

¹⁰⁸ SILVA, André Luiz Nunes da. **Ações afirmativas e cotas raciais na universidade**: uma via de promoção da igualdade material. Obra Citada, f. 36.

¹⁰⁹ NOVATO, Camila Martins. **Ações afirmativas para negros nas universidades**: resgate histórico e instrumento de concretização da igualdade. Monografia de Graduação em Direito. 63 f. Curitiba: UFPR, 2009, f. 10.

¹¹⁰ SILVA, André Luiz Nunes da. **Ações afirmativas e cotas raciais na universidade**: uma via de promoção da igualdade material. Obra Citada, f. 37.

séculos de modo de produção escravista. Abolição esta que só aconteceu quando a elite brasileira concluiu que era preciso acabar com a escravidão para modernizar o Brasil e quando a maior parte da população negra já esta liberta.

Deste modo, a Lei Áurea dispunha sobre o fim da escravidão:

Art. 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil.

Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário.¹¹¹

Não obstante, o advento da Lei Áurea não garantiu grandes avanços na cidadania da população negra, a qual continuou subjugada, sendo caracterizada por diversos estereótipos negativos e discriminatórios, além de marginalizada em relação ao sistema econômico vigente. Destacamos que a legislação que se seguiu a promulgação da Lei Áurea pouco contribuiu para alteração da situação em que se encontrava a população negra recém liberta, conforme abordaremos no item seguinte.

3.2 O Direito na exclusão racial

Teoricamente, com o fim do regime escravista os negros alcançariam a cidadania plena. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 declara que todos eram cidadãos brasileiros, extinguindo as categorias livre e liberto.

As Constituições de 1934, 1937 e de 1946, também regularam a questão formal, estabelecendo uma igualação formal que não foi suficiente para garantir uma igualdade substancial como observaremos a seguir.

Deste modo, foram promulgadas leis especiais para tratar especificamente da questão racial brasileira. A primeira foi a Lei nº 1.390, sancionada por Getúlio Vargas em 1951 e conhecida como “Lei Afonso Arinos” em homenagem ao deputado que a elaborou. Esta lei estabelecia sanções aos atos de discriminação

¹¹¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM3353.htm. Acesso em 06/10/2011.

racial e, durante 40 anos, foi a única lei no enfrentamento do problema da discriminação no Brasil. Importa destacar que na referida lei “preconceito de raça ou de cor” era tipificado não como crime, mas como contravenção penal.¹¹²

A Lei Afonso Arinos teve uma eficácia muito pequena por diversas razões. Estas razões podem ser resumidas na dificuldade de punir atos *decorrentes* por racismo ou preconceito racial, haja vista a impossibilidade de provar as motivações subjetivas do infrator, especialmente em uma sociedade em que o racismo e o preconceito racial eram vistos com naturalidade. Outro grave problema era a tipificação, uma vez que, ao listar exaustivamente as situações em que o delito poderia ocorrer, deixava de fora inúmeras outras possibilidades de discriminação numa sociedade complexa e dinâmica como já era o Brasil de meio século atrás.¹¹³

Sobre a ausência de eficácia da referida lei, explica Carlos Medeiros:

Com ela, a elite brasileira dava ao mundo uma demonstração de seu comprometimento com os valores da igualdade e da democracia, sem no entanto oferecer aos negros discriminados um instrumento

¹¹² Parágrafo único. Será considerado agente da contravenção o diretor, gerente ou responsável pelo estabelecimento. Art 2º Recusar alguém hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento da mesma finalidade, por preconceito de raça ou de cor. Pena: prisão simples de três meses a um ano e multa de Cr\$5.000,00 (cinco mil cruzeiros) a Cr\$20.000,00 (vinte mil cruzeiros). Art 3º Recusar a venda de mercadorias e em lojas de qualquer gênero, ou atender clientes em restaurantes, bares, confeitarias e locais semelhantes, abertos ao público, onde se sirvam alimentos, bebidas, refrigerantes e guloseimas, por preconceito de raça ou de cor. Pena: prisão simples de quinze dias a três meses ou multa de Cr\$500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$5.000,00 (cinco mil cruzeiros). Art 4º Recusar entrada em estabelecimento público, de diversões ou esporte, bem como em salões de barbearias ou cabeleireiros por preconceito de raça ou de cor. Pena: prisão simples de quinze dias a três meses ou multa de Cr\$500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$5.000,00 (cinco mil cruzeiros). Art 5º Recusar inscrição de aluno em estabelecimentos de ensino de qualquer curso ou grau, por preconceito de raça ou de cor. Pena: prisão simples de três meses a um ano ou multa de Cr\$500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$5.000,00 (cinco mil cruzeiros). Parágrafo único. Se se tratar de estabelecimento oficial de ensino, a pena será a perda do cargo para o agente, desde que apurada em inquérito regular. Art 6º Obstar o acesso de alguém a qualquer cargo do funcionalismo público ou ao serviço em qualquer ramo das forças armadas, por preconceito de raça ou de cor. Pena: perda do cargo, depois de apurada a responsabilidade em inquérito regular, para o funcionário dirigente de repartição de que dependa a inscrição no concurso de habilitação dos candidatos. Art 7º Negar emprego ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, empresa concessionária de serviço público ou empresa privada, por preconceito de raça ou de cor. Pena: prisão simples de três meses a um ano e multa de Cr\$500,00 (quinhentos cruzeiros) a Cr\$5.000,00 (cinco mil cruzeiros), no caso de empresa privada; perda do cargo para o responsável pela recusa, no caso de autarquia, sociedade de economia mista e empresa concessionária de serviço público. Art 8º Nos casos de reincidência, havidos em estabelecimentos particulares, poderá o juiz determinar a pena adicional de suspensão do funcionamento por prazo não superior a três meses. Art 9º Esta Lei entrará em vigor quinze dias após a sua publicação, revogadas as disposições em contrário. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1390.htm. Acesso em 29/09/2011.

¹¹³ MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na lei e na raça**: Legislação e relações raciais. Brasil e Estados Unidos. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 113.

realmente capaz de auxiliá-los na busca da justiça, muito menos de inibir os potenciais discriminadores.¹¹⁴

Seguindo este raciocínio que garantia a igualdade de modo formal sem eficácia real, em 1967, a Constituição previu em seu artigo 150, § 8º, a proibição de preconceito de raça e classe e no seu artigo 158, inciso III estabeleceu a proibição de diferenciação de salários e critérios de admissão por raça ou cor.¹¹⁵

Este panorama legislativo apenas é rompido com a Constituição Federal de 1988, na qual a igualdade é garantida não apenas formal, mas também materialmente, como exposto no capítulo anterior.

Não obstante reconhecermos a limitação de muitos dispositivos constitucionais atinentes à igualdade racial, entendemos a atual Constituição como um grande avanço e um marco legislativo histórico na promoção da igualdade racial no Brasil, como detalharemos no item seguinte.

3.3 O Direito na inclusão racial

A Constituição Federal de 1988 - fruto de um processo de democratização do país - traz uma série de dispositivo com o escopo de garantir a igualdade racial, através da intervenção estatal quando se fizer necessária para concretizá-la.

¹¹⁴ MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na lei e na raça**: Legislação e relações raciais. Obra Citada, p. 113.

¹¹⁵ Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em 29/09/2011.

O avanço no combate ao preconceito pode ser observado já no preâmbulo da Constituição, no qual a sociedade brasileira é adjetivada como “fraterna, pluralista e sem preconceitos.”¹¹⁶

Destarte, já no início do texto constitucional, o constituinte originário reconheceu que o Estado não deve apenas declarar a igualdade racial, mas assegurá-la e promove-la. Este entendimento é complementado por outros como o art. 4º, inciso VIII, o qual prescreve que a República Federativa do Brasil deve repudiar o terrorismo e o racismo.¹¹⁷

A Constituição também procurou estabelecer o fim à intolerância religiosa no art. 5º, inciso VI, que garante a liberdade de crença e culto¹¹⁸, e a preservação da cultura afro-brasileira no art. 215, § 1º e 2º¹¹⁹, que atribui proteção às diferentes culturas. Ainda neste sentido, temos o art. 216, § 5º¹²⁰ que elenca os territórios quilombolas como patrimônios culturais da sociedade brasileira.

Todavia, um dos pontos mais incisivos no combate ao racismo está positivado no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal¹²¹, o qual criminaliza o

¹¹⁶ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

¹¹⁷ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

¹¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

¹¹⁹ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

¹²⁰ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

¹²¹ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (...).

racismo e o constitui crime imprescritível e inafiançável, punido com pena de reclusão.

Neste caminhar, em 5 de janeiro de 1989 é sancionada a Lei nº 7.716, chamada “Lei Caó” em homenagem ao deputado Carlos Alberto de Oliveira. Esta lei define crimes de preconceito de raça ou de cor e as sanções impostas a tais crimes, qualificando-os como inafiançáveis, substituindo a Lei Afonso Arinos, mas repetindo os mesmos problemas constantes na lei que a antecedeu.¹²²

Apesar dos avanços legislativos a situação da população negra pouco mudou na década de 90, em decorrência da administração implantada por um governo liberal, ainda que a Constituição Federal consagrasse um Estado Social. Assim, constatou-se que era necessária a adoção de mais medidas no combate ao racismo e na promoção da igualdade racial no Brasil.

¹²² LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989 Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Art. 2º (Vetado). Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos. Pena: reclusão de dois a cinco anos. Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada. Pena: reclusão de dois a cinco anos. Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador. Pena: reclusão de um a três anos. Art. 6º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. Pena: reclusão de três a cinco anos. Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos a pena é agravada de 1/3 (um terço). Art. 7º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar. Pena: reclusão de três a cinco anos. Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público. Pena: reclusão de um a três anos. Art. 9º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público. Pena: reclusão de um a três anos. Art. 10. Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades. Pena: reclusão de um a três anos. Art. 11. Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos: Pena: reclusão de um a três anos. Art. 12. Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido. Pena: reclusão de um a três anos. Art. 13. Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas. Pena: reclusão de dois a quatro anos. Art. 14. Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social. Pena: reclusão de dois a quatro anos. Art. 15. (Vetado). Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses. Art. 17. (Vetado). Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. Art. 19. (Vetado). Art. 20. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 21. Revogam-se as disposições em contrário. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=109892>. Acesso em 29/09/2011.

Neste sentido, um importante passo foi dado em 2001, ano em que aconteceu a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban, na África do Sul, a qual contou com a participação do Brasil e culminou na elaboração de uma Declaração ratificada pelo Brasil, da qual merece especial destaque o art. 99 e o art. 107:

99. Reconhece que o combate ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata é responsabilidade primordial dos Estados. Portanto incentiva os Estados a desenvolverem e elaborarem planos de ação nacionais para promoverem a diversidade, igualdade, equidade, justiça social, igualdade de oportunidades e participação para todos. Através, dentre outras coisas, de ações e de estratégias afirmativas ou positivas; estes planos devem visar a criação de condições necessárias para a participação efetiva de todas nas tomadas de decisão e o exercício dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais em todas as esferas da vida com base na não discriminação. A conferência mundial incentiva os Estados que desenvolveram e elaboraram os planos de ação, para que estabeleçam e reforcem o diálogo com organizações não governamentais para que elas sejam intimamente envolvidas na formulação, implementação e avaliação de políticas e de programas;

107. Destacamos a necessidade de se desenhar, promover e implementar em níveis nacional, regional e internacional, estratégias, programas, políticas e legislação adequados, que possam incluir medidas positivas e especiais para um maior desenvolvimento social igualitário e para a realização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todas as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, inclusive através do acesso mais efetivo às instituições políticas, jurídicas e administrativas, bem como a necessidade de se promover o acesso efetivo à justiça para garantir que os benefícios do desenvolvimento, da ciência e da tecnologia contribuam efetivamente para a melhoria da qualidade devida para todos, sem discriminação;

Esta Conferência contou com a participação de várias organizações do movimento negro e outros movimentos de Direitos Humanos estiveram presentes pautando as principais reivindicações para o combate às desigualdades sócio-raciais, entre as quais podemos ressaltar a necessidade de ações afirmativas no ensino superior e no mercado de trabalho.

A partir desta Conferência, o Brasil reconhece mais uma vez a existência de racismo no país e se compromete internacionalmente a agir de modo efetivo para combatê-lo superando a desigualdade racial.

No âmbito legislativo federal duas leis significaram progressos no tocante às relações raciais no Brasil a partir do ano 2000. A primeira é a Lei nº 10.639/03, que instituiu o ensino da História da África e das Populações Negras, e a segunda é a Lei nº 10.678/03 que cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial/SEPPIR, secretaria especial com *status* de ministério criada pelo Governo Federal no dia 21 de março de 2003 - Dia Internacional pela Eliminação da Discriminação Racial – com a missão de estabelecer iniciativas contra as desigualdades raciais no País.¹²³

Observando os principais dispositivos legais atinentes à questão racial podemos perceber que os mesmos podem ser divididos em dois grupos: um que visa a repressão do racismo por meio de criminalização de condutas com punições mais severas e outro que propõe a promoção de políticas públicas para a inclusão racial, entre as quais podem ser citadas as ações afirmativas.¹²⁴

No presente trabalho, defendemos que a segunda linha é a mais indicada, como bem esclarece Ela Wiecko Volkmer de Castilho:

“(...) resolve melhor o problema a promoção de ações afirmativas. Quanto à linha de criminalização e de punição, se fizemos uma pesquisa para saber quantas pessoas foram processadas ou condenadas pela prática de crimes previstos na Lei nº 7.716, vamos obter um resultado pífio. A opinião que quero externar é de que o Poder Legislativo precisa desenvolver mais projetos de lei visando à promoção de medidas positivas ou de ações afirmativas.”¹²⁵

Com o intuito de representar a influência do Estado na realidade social, combatendo a desigualdade racial por meio de promoção de políticas públicas, entrou em vigor no ano de 2010 o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/10), fruto de reivindicação e construção histórica do movimento negro. Todavia, durante o tramite legislativo o projeto legislativo foi perdendo a forma originalmente proposta e acabou não satisfazendo os anseios de muitos militantes da causa racial, como exporemos no próximo tópico.

¹²³ Disponível na internet via URL: <http://www.seppir.gov.br/sobre>. Acesso em 02/07/2011.

¹²⁴ Destaca-se que ações afirmativas não são sinônimo de cotas raciais como será explicado adiante.

¹²⁵ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. In: **A Contribuição do legislativo em defesa da igualdade racial**. Seminário da Ouvidoria Parlamentar e da Frente Parlamentar em Defesa da Igualdade Racial, 2004, Brasília. p. 57.

3.3.1 O Estatuto da Igualdade Racial

A Lei Ordinária Federal 12.288, de 20 de Julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, teve origem no Projeto de Lei nº 6.264 de 2003, de autoria do ex-Deputado e atual Senador Paulo Paim – PT/RS. Primeiramente, o projeto apresentava como escopo agregar os diferentes projetos sobre temática racial que tramitavam na Câmara. Não obstante, devido à grande resistência dos setores conservadores da sociedade, o projeto aprovado muito difere do inicialmente proposto e do reivindicado pelo movimento negro.

Após de um longo processo de tramitação entre as duas casas legislativas do país que durou sete anos, o texto aprovado no Congresso Federal relatado pelo Senador Demóstenes Torres (DEM-GO) e sancionado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sem vetos, trata de matérias como cultura, educação, saúde, entre outros. No entanto, a redação final é genérica e não traz propostas significativas, em muitos casos, apenas repete o que já é garantido pela Constituição Federal, tornando-se uma carta de intenções com pouca efetividade na melhoria das condições de vida da população negra.

Entre os temas suprimidos do documento, estão as cotas para negros em diversas atividades, como educação e mídia televisiva, consideradas pelo movimento negro instrumentos capitais na promoção da igualdade racial.

Outro ponto importante que não foi abarcado pelo Estatuto é a regularização de terras para remanescentes de quilombos, uma vez que o artigo que regulava o tema foi retirado do texto e este nem mesmo define quem seriam os quilombolas.

A lei é não teve efeitos práticos imediatos, pois não estipulou ações concretas ficando dependente de regulamentação posterior que até a presente data não aconteceu. A Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial - SEPPIR, órgão mediador responsável pela implementação das políticas, criou um grupo de trabalho para regulamentação do Diploma Legal apenas em Julho de 2011.

Segundo algumas correntes do movimento negro, o Estatuto da Igualdade Racial, pode ser comparado ao texto assinado pela princesa Isabel em 1888, como afirma Munanga, intelectual e militante negro:

É como a Lei Áurea. Acabou a escravidão, mas a situação continuou a mesma. O destino do negro foi uma marginalização igual à que sofria quando cativo. Em um plano formal é isso no estatuto: não há nenhum mecanismo claro de combate à desigualdade entre brancos e negros.¹²⁶

Não obstante às fundadas críticas ao texto do Estatuto, entendemos necessário nos apoderamos deste instrumento, não apenas na perspectiva jurídica, mas também na política, afim de que sejam efetivadas mudanças na forma que o Estado trata a questão racial, uma vez que o texto legal determina que este aja decisivamente na promoção de políticas publicas com finalidade de alcançar a igualdade racial.

Neste tocante, defendemos imprescindível a atuação do movimento negro na mobilização para que se faça cumprir as diretrizes que o Estatuto prevê e também imprescindível o papel do Judiciário na sua função elementar de fazer cumprir a lei.

3.4 Casos concretos

Conforme exposto anteriormente os principais dispositivos legais atinentes à questão racial podemos perceber que os mesmos podem ser classificados em dois grupos, quais sejam: de criminalização do racismo e promoção de políticas públicas de inclusão racial.

Esta classificação, conseqüentemente, se reflete em ações judiciais e neste tópico pretendemos analisar como o Direito tem sido utilizado na contemporaneidade na resolução de conflitos relativos às questões raciais.

¹²⁶ MUNANGA, Kabengele. **Lula sanciona estatuto de igualdade racial; para especialistas, texto é apenas carta de intenções**. Notícias UOL. Publicado em 20/07/2010. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/politica/2010/07/20/sem-cotas-estatuto-racial-de-lula-e- apenas-carta-de-intencoes-dizem-especialistas.jhtm>. Acesso em 18/09/2011.

3.4.1 A criminalização do racismo

Conforme exposto acima, o racismo foi constitucionalmente tipificado como crime inafiançável e imprescritível. A criminalização do racismo sobre a ótica da sociologia deve ser considerada um avanço, haja vista que significa o repúdio da sociedade àquele fato.

Todavia, no que se refere ao racismo, a tipificação, apesar de representar um avanço na questão das relações raciais, não concretizou mudanças sociais, pois são poucos os casos que chegam a apreciação do Judiciário.

Para ilustrar a questão no que se refere a interpretação atual sobre a questão, trazemos um pronunciamento do Tribunal de Justiça do Paraná para análise:

APELAÇÃO CRIME - ART 20, § 2º, DA LEI Nº 7.716/89 - CRIME DE RACISMO VIA INTERNET - PEDIDO PRINCIPAL DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA OU FALTA DE PROVAS - NÃO ACOLHIMENTO - ÂNIMO OFENSIVO PATENTE - VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS - REJEIÇÃO DA TESE DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO - AUSÊNCIA DE HIERARQUIA DE PRINCÍPIOS - OUTROSSIM, PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE INJÚRIA QUALIFICADA E CONSEQUENTE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - DESCABIMENTO - DELITO QUE ATINGE A COLETIVIDADE E NÃO A UMA PESSOA ESPECÍFICA - CRIME IMPRESCRITÍVEL NOS TERMOS DO ARTIGO 5º, XLII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS DESPROVIDOS. (TJPR - 2ª C.Criminal - AC 664486-6 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Luiz Osorio Moraes Panza - Unânime - J. 24.03.2011)

Neste ano, a 2ª Câmara Criminal do TJ/PR manteve, por unanimidade de votos, a sentença prolatada no Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba que condenou R.M.R. e A.N.M. à pena privativa de liberdade, fixada em dois anos de reclusão, e ao pagamento de multa pela prática do crime de racismo via Internet. Contudo, as penas restritivas de liberdade foram substituídas por penas restritivas de direito, traduzidas na prestação de serviços comunitários.

Os sentenciados foram responsáveis pela criação de uma página na Internet alimentada com artigo, fotos e *chats* que estimulava a discriminação e o preconceito em relação aos judeus e aos negros.

Ação judicial teve início com uma denúncia proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná pela prática do delito de racismo por intermédio dos meios de comunicação social, previsto no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89.

Em suas defesas, os sentenciados aduziram que a conduta era atípicas, e que, caso tenham cometido algum crime, este foi o de injúria preconceituosa (art. 140, § 3º, do Código Penal)¹²⁷, não o de racismo. Assim, o crime já estaria prescrito. Alegaram ainda a ausência de provas contundentes, bem como erro de proibição escusável, previsto no art. 21 do Código Penal.¹²⁸

No acórdão que julgou a apelação, os desembargadores entenderam que ficou demonstrado nos autos que os acusados incitaram a prática de discriminação racial e etnológica de forma livre e consciente por meio da internet, que se caracteriza como um meio de comunicação ilimitado, alcançando um número irrestrito de pessoas.

Segundo o relator: “A conduta dos apelantes colide com preceitos fundamentais elencados na Constituição Federal, uma vez que atinge a coletividade e constitui crime tipificado em lei”. Quanto ao pedido de desclassificação para o crime de injúria preconceituosa, observou o relator que essa tese não pode prevalecer. “Isso porque, ao veicular mensagens de conteúdo discriminatório, este atingiu não somente um indivíduo, mas a coletividade, ou seja, um grupo indeterminado de pessoas”.

Outro julgado significativo na jurisprudência estadual foi prolatado na Apelação Cível nº 680.774-1, cuja ementa segue abaixo:

¹²⁷ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:
Pena - reclusão de um a três anos e multa.

¹²⁸ Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PALAVRAS DE BAIXO CALÃO PROFERIDAS DURANTE DESAVENÇA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL - AFIRMAÇÕES QUE ATINGIRAM A HONRA SUBJETIVA E OBJETIVA DOS AUTORES - PRECONCEITO RACIAL DEMONSTRADO - DEVER DE INDENIZAR - DESNECESSIDADE DA PROVA DO DANO MORAL - QUANTUM DEVIDAMENTE FIXADO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - APELO DESPROVIDO. (TJPR - 9ª C.Cível - AC 680774-1 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Renato Braga Bettega - Unânime - J. 31.03.2011)

A 9ª Câmara Cível do TJ/PR manteve a sentença prolatada no Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba que condenou o Bar do Bispo a indenizar um casal de clientes, J.C.V.P. e L.V., em R\$ 10.000,00 para cada um, os quais foram ofendidos por uma funcionária do estabelecimento, com palavras discriminatórias, no momento em que pagavam a conta no caixa.

Em resumo, as vítimas relataram que estavam no estabelecimento citado e dirigiram-se ao caixa do Bar para pagar a conta, no valor R\$ 12,00. Entregaram R\$ 20,00 e a ficha de consumo à funcionária e aguardaram o troco. Depois de alguns instantes, a funcionária pediu-lhes o dinheiro novamente. Estes afirmaram que já haviam pagado e foram agredidos verbalmente pela funcionária, que se referiu à raça negra com palavras discriminatórias.

O casal exigiu a presença do gerente o qual insistiu para que as vítimas pagassem o valor supostamente devido. Em seguida, o casal solicitou que fosse chamada a Polícia Militar ou então que se verificassem as gravações das câmeras do sistema de segurança para comprovar o pagamento da conta, pedidos estes recusados pela gerência.

Em sua defesa, o Bar do Bispo alegou que “não há prova nos autos de que os funcionários tenham constrangido o ofendido os autores” e que o local é muito frequentado por negros e que os proprietários são afrodescendentes, “não devendo o estabelecimento ser responsabilizado pela atuação da funcionária”.

Baseado em depoimentos testemunhais, o relator da apelação, entendeu que “houve abuso por parte da funcionária do bar ao proferir palavras de baixo calão e ofender a honra subjetiva dos autores [casal de clientes] ao se referir de forma discriminatória à sua cor, o que indubitavelmente enseja a ocorrência de danos

morais”. O relator afirmou ainda que “Mesmo que haja desavenças entre as pessoas, a ofensa à honra e ainda mais o preconceito racial jamais podem ser tolerados, sob pena de violação aos princípios da moral, dos bons costumes e da dignidade da pessoa humana, que devem reger a vida em sociedade”. Ainda, explicou o desembargador relator que “a condenação em danos morais também possui o condão de se apresentar como medida profilática para evitar comportamentos sociais que agriam a honra subjetiva das pessoas”.

3.4.2 Ações afirmativas no ensino superior

Outra modalidade de atuação da legislação atinente às relações raciais e a erradicação da desigualdade racial é a promoção de políticas públicas de inclusão entre as quais citamos as ações afirmativas.

As ações afirmativas são definidas por Joaquim Barbosa como:

políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade¹²⁹.

Atualmente as ações afirmativas são concretizadas, entre outros mecanismos, na destinação de vagas em algumas Universidades para preenchimento por candidatos afro-descendentes (cotas raciais) ou oriundos de escolas públicas (cotas sociais). As discussões acerca das cotas raciais geram uma grande polêmica que revela o comportamento racista da sociedade brasileira.

Os maiores debates ocorreram por inclinação pessoal, contra ou a favor, com recursos ao Poder Judiciário daqueles que se sentiram prejudicados, sendo exemplar o número de ações contra o sistema de cotas ajuizado em 2004 e 2005,

¹²⁹

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, 2000, p. 3. Disponível em: <www.mre.gov.br>. Acesso em: 05/11/2011.

quando da implantação do sistema na UFPR.¹³⁰

Esta polemica chegou aos Tribunais Superiores, mas a ação mais importante ainda depende de julgamento, sendo ela a Argüição por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 186, ajuizada pelo Partido Democratas (antigo PFL). Por meio dela o referido partido político almeja a extinção do sistema de ingresso através de cotas raciais na Universidade de Brasília.

O Partido Democratas propôs argüição de descumprimento de preceito fundamental contra atos administrativos que teriam instituído o programa de cotas raciais para ingresso na UnB, alegando ofensa aos artigos 1º, caput (princípio republicano) e inciso III (dignidade da pessoa humana); ao artigo 3º, inciso IV (veda o preconceito de cor e a discriminação); o artigo 4º, inciso III (repúdio ao racismo); o artigo 5º, incisos I (igualdade), II (legalidade), XXXIII (direito à informação dos órgãos públicos), XLII (vedação ao racismo) e LIV (devido processo legal e princípio da proporcionalidade), o artigo 37, caput (princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da publicidade, da moralidade, corolários do princípio republicano), além dos artigos 205 (direito universal de educação), 206, caput e inciso I (igualdade nas condições de acesso ao ensino), 207 (autonomia universitária) e 208, inciso V (princípio do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística segundo a capacidade de cada um), todos da Constituição Federal de 1988.

Faz-se mister ressaltar destacar que a ADPF possui efeitos vinculantes e *erga omnes*, atrelando à sua decisão todos os demais órgãos do Poder Público. Nesse caso, a decisão que venha a ser prolatada na dita ação, terá seus efeitos estendidos a outras Universidades Brasileiras que também se valem do sistema de cotas raciais. Assim, a ação direcionada apenas à UnB cerceia a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa por outras Universidades que podem vir a ser afetadas pela solução deste litígio.

¹³⁰ Desde a aprovação da Resolução nº 37/04 (que institui o sistema de cotas), em 2004 até junho de 2008, foram protocolados contra a Universidade Federal do Paraná cento e dezenove processos relativos ao sistema de cotas, por parte dos que se viram “injustiçados”, além de uma Ação Civil Pública, muito controversa, protocolada pelo Ministério Público ainda em 2004, da qual desistiu o próprio Ministério Público em 2005. Opinião defendida por SOUZA, Thais Pinhata. **Ações Afirmativas de inclusão racial e social no ensino superior:** A experiência na Universidade Federal do Paraná, no prelo.

Diante de todo o exposto nos itens anteriores, fica claro que a intenção da Universidade de Brasília ao adotar o sistema de cotas raciais é buscar a garantia de desenvolvimento nacional e da dignidade da pessoa humana buscando a erradicação da marginalização do negro, estando em completa consonância com todo o texto constitucional.

A política de cotas raciais busca proporcionar igualdade de oportunidades, dar oportunidade para que haja representação negra nos lugares de destaque e mudar o imaginário social coletivo. Para que isso ocorra, é imprescindível a colaboração da sociedade no sentido de solidariedade, de abrir portas para o desenvolvimento comum.

Acerca do argumento utilizado pelo Partido Democratas acerca da autonomia universitária, é mais do que evidente que a Constituição Federal oferece essa autonomia às Universidades, que, sendo autarquias, têm permissão para criar programas de inclusão, promovendo a verdadeira noção de universalidade. Deste modo, mesmo não havendo expressa previsão legal para a instituição do sistema de cotas, ele está totalmente em consonância com a Constituição em seu art. 207 que atribui às Universidades autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.¹³¹

O partido aduz também que este programa da UnB poderia agravar o preconceito racial ao instituir a consciência estatal da raça. Inverídico este argumento, uma vez que a inclusão racial objetiva mitigar as diferenças sociais e eliminar as diversas formas de preconceito. As ações afirmativas objetivam-se a romper os preconceitos e propiciar condições para a sua superação em face da convivência jurídica obrigada a qual traz benefícios para todos os integrantes da comunidade. As ações afirmativas pretendem promover a diversidade social no quadro de integrantes de empresas, nos diversos ramos do mercado de trabalho e nas Universidades, mudando o caráter elitista deste ambiente de produção e a sistematização do conhecimento no Brasil.

¹³¹ Art. 207. As Universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Ainda, destacamos as cotas raciais para ingresso ao ensino superior como um instrumento veloz de transformação social, principalmente no domínio da mobilidade sócio-econômica, considerado como um dos aspectos não menos relevante da desigualdade racial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de apresentar conclusões, o que se buscou na presente pesquisa foi trazer à discussão do papel do Direito na regulação das relações raciais ao longo da história, bem como a função essencial do Estado na promoção da igualdade racial contemporaneamente.

Através do breve resgate histórico, destacamos mais uma vez que a formação racista e excludente do país foi decisiva para o panorama sócio-racial que temos hoje. Assim, o Estado, que em vários momentos da história promoveu políticas em benefício de uma parcela da população e em detrimento de outra tem uma dívida histórica com a população negra.

Percebemos que na sociedade brasileira, apesar de atualmente não existir uma legislação segregacionista, a situação da população negra é de subjugação e a cor da pele é um fator de exclusão de espaços historicamente reservados à população branca, constituindo uma hierarquia social baseada no tom da pele, que se comprova na disparidade presente nos indicadores sociais.

Ademais disso, sustentamos que, no Estado Democrático de Direito, não cabe ao Estado adotar a posição de neutralidade perante a subjugação de grupos sociais historicamente desprovidos de acesso a direitos. Neste molde, o Estado deve ser sim interventor e atuar ativamente com o escopo de que se concretizem os direitos previstos na Constituição e no ordenamento jurídico globalmente.

Entendemos que, não obstante a importância simbólica da criminalização do racismo e do fato dela representar um instrumento de erradicação do preconceito, a repressão não pode ser o principal meio de combate ao racismo, uma vez que o Direito Penal deve ser usado apenas em último caso. Defendemos que a desigualdade racial constitui um problema estrutural que somente será solucionado com a promoção de políticas públicas sérias e efetivas com a finalidade de incluir a população negra promovendo a igualdade de oportunidades, cumprindo aquilo que estabelece o Direito Constitucional.

Entre essas políticas públicas citamos as ações afirmativas e mais especificamente a política de cotas no ensino superior para negros, as quais tem se mostrado como instrumento eficaz na construção de uma sociedade mais justa e balizada por ideais de justiça social.

Deste modo, reafirmamos mais uma vez o papel fundamental do Estado agindo ativamente em conjunto com a sociedade como um todo na construção da igualdade racial, na qual as pessoas sejam valorizadas pelo que realmente são, sem discriminação e sem preconceito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais:** uma introdução crítica ao racismo. Dissertação de mestrado. Florianópolis: UFSC, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2010.

Branco de 91 supera negro de 2005 no IDH, publicada em 19/09/2008. Disponível em <http://www.pnud.org.br/raca/reportagens/index.php?id01=3043&lay=rac>. Acesso em 03/09/2011.

BRANDÃO, Adelino. **Direito Racial Brasileiro**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. In: **A Contribuição do legislativo em defesa da igualdade racial.** Seminário da Ouvidoria Parlamentar e da Frente Parlamentar em Defesa da Igualdade Racial, 2004, Brasília.

CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil:** da senzala à abolição. São Paulo: Moderna, 1999.

Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Normas de Discriminação Racial da ONU. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/discrimina/lex81.htm>. Acesso em 28/08/2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional.** Rio de Janeiro, 2000, p. 3. Disponível em: <www.mre.gov.br>. Acesso em: 05/11/2011.

GUIMARÃES. Antonio Sergio A., **Preconceito Racial: modos, temas e tempos**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Cortez, 2008.

GURGEL, Argemiro Eloy. **A Lei de 7 de novembro de 1831 e as ações cíveis de liberdade na Cidade de Valença (1870-1888)**. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais – IFCS, 2004.

HASENBALG, Carlos. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**, 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

HENRIQUES. Ricardo. **Desigualdade racial no Brasil: Evolução das condições de vida na década de 90**. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**; Selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon. Centro de Estudios Constitucionales – Madri, 1992.

MADRUGA. Sidney. **Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira**. Brasília: Brasília Jurídica. 2005. p. 138.

MARÇAL, José Antonio. **Política de Ação Afirmativa no Ensino Superior: possibilidade e desafios para a superação da racismo institucionalizado no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Curitiba, UFPR, 2011.

Machado de Assis branco. <http://exame.abril.com.br/marketing/noticias/caixa-suspende-comercial-com-machado-de-assis-branco>. Acesso em 05/11/2011.

Manifesto de Anders Breivik. Um atentado anunciado: Noruega, 22 de julho de 2011. Sabrina Medeiros e Luize Valente. **Revista de estudos políticos** <http://revistaestudospoliticos.com/951/>. Acesso em 05 /11/2011.

Mapa da Violência 2011: Os Jovens do Brasil. Instituto Sangari em parceria com o Ministério da Justiça, 2011.

MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na lei e na raça: Legislação e relações raciais**. Brasil e Estados Unidos. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU. “Do Espírito das Leis”, Vol. I. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (1ª edição em 1748).

MUNANGA, Kabengele. **Negritude: Usos e Sentidos**, 2ª edição. São Paulo: Ática, 1986.

MUNANGA, Kabengele. **Lula sanciona estatuto de igualdade racial; para especialistas, texto é apenas carta de intenções**. Notícias UOL. Publicado em 20/07/2010. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/politica/2010/07/20/sem-cotas-estatuto-racial-de-lula-e- apenas-carta-de-intencoes-dizem-especialistas.jhtm>. Acesso em 18/09/2011.

NOVATO, Camila Martins. **Ações afirmativas para negros nas universidades: resgate histórico e instrumento de concretização da igualdade**. Monografia de Graduação em Direito. 63 f. Curitiba: UFPR, 2009.

Pesquisa das Características Étnico-Raciais da População: um Estudo das Categorias de Classificação de Cor ou Raça. Disponível em www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/default_raciais.shtm. Acesso em 05/09/2011.

SOUZA, Thais Pinhata. **Ações Afirmativas de inclusão racial e social no ensino superior: A experiência na Universidade Federal do Paraná, no prelo**.

Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2007-2008. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2008.

RODRIGUES, Pedro Augusto Rezende. **Diáspora africana**. Disponível em <http://www.infoescola.com/historia/diaspora-africana>. Acesso em 04/10/2011.

SANTOS, José Rufino dos. **O que é Racismo**, 9ª Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

SEGATO, R. L. **Raça é signo**. Série Antropologia. Brasília, n. 373, 2005. Disponível em: vsites.unb.br/ics/dan/Serie372empdf.pdf. Acesso em 28/08/2011.

SILVA, André Luiz Nunes da. **Ações afirmativas e cotas raciais na universidade: uma via de promoção da igualdade material**. Monografia de Graduação em Direito, 178 f. UFPR, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº 1, 2003.

SILVEIRA, Sandra B. Morais da. In: **A Contribuição do Legislativo em Defesa da Igualdade Racial**. Seminário da Ouvidoria Parlamentar e da Frente Parlamentar em Defesa da Igualdade Racial, 2004, Brasília.

SOUZA, Marcilene Garcia de. **Ações Afirmativas e Inclusão de Negros por "Cotas Raciais" nos Serviços Públicos do Paraná**. 457f. Tese de Doutorado apresentada perante a UNESP. Araraquara, 2010.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro Uchôa. **O mito da neutralidade e o papel da ideologia na ciência do direito**. Trabalho apresentado perante a cadeira de "Epistemologia Jurídica" do Curso de mestrado em direito constitucional da Universidade de Fortaleza. p. 7-8. Disponível em www.gomeseuchoa.adv.br. Acesso em 23/07/2011.